律师经典案例

Selected Cases on law 第一辑

浙江省省直律师协会 主办
唐国华 主编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



律师经典案例

Selected Cases on law


ISBN 978-7-308-05255-9
9 787308 052559 >
定价：27.00元

Selected Cases on law 律师经典案例 第一辑

浙江省省直律师协会　主办
唐国华　主编



图书在版编目（CIP）数据

律师经典案例／唐国华主编．—杭州：浙江大学出版社，2007.5

ISBN 978-7-308-05255-9

Ⅰ.律…　Ⅱ.唐…　Ⅲ.法律-案例-中国　Ⅳ.D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2007）第043671号

律师经典案例

唐国华　主编

责任编辑　周卫群
封面设计　刘依群
出版发行　浙江大学出版社
（杭州市天目山路148号　邮政编码310028）
（E-mail：zupress@mail.hz.zj.cn）
（网址：http://www.zjupress.com）
排　　版　浙江大学出版社电脑排版中心
印　　刷　富阳市育才印刷有限公司
开　　本　787mm×960mm　1/16
印　　张　17.5
字　　数　300千
版 印 次　2007年5月第1版　2007年5月第1次印刷
印　　数　0001—4000
书　　号　ISBN 978-7-308-05255-9
定　　价　27.00元

版权所有　翻印必究　印装差错　负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话(0571)88072522

前　言

随着中国律师业的进一步发展，律师业的专业化水平正逐步发展和提高。我们提倡并鼓励建设专业化的律师事务所和培养高素质的律师，社会发展的需求使社会各层面诸如刑事、民事、行政、知识产权、建筑与房地产领域都需要相应的专业律师提供优质的法律服务。简单如离婚纠纷、债权债务纠纷、刑事辩护，复杂如股票上市、收购兼并、大型基建项目等均离不开专业的律师。只有以专业化为前提和基础的律师事务所和律师团队，才是律师业正确的发展方向，才能产生 1+1>2 的效应。

为推动和促进律师事务所和律师的专业化水平，也使律师的办案实践成果能有效传播与交流，案例是集律师经验、技能、智慧等诸多因素的重要载体。当然，律师不同于专业学者，更不同于作家，为应对日益繁杂的案件工作，大多数律师终日埋头于案件的处理中，因此，非有特殊兴趣和坚定意志恐怕难以将自己的角色转换到学术研究中来。但是，通过办理各类案例，尤其是经典案例为律师提高专业水平、促进交流等提供了一个重要途径。

为此，浙江省省直律师协会召开了律师经典案例征集研讨会，各省直律师积极投稿，经本书编委会集体评议，选了其中部分优秀经典案例出版。案例归类为民事篇、刑事篇、行政篇、公司与证券篇、建筑与房地产篇、知识产权篇六个专业。通过对经典案例的讨论点评，充分展现了律师承办案件精华之处，也加强了律师对案件处理经验、技能的相互交流，反映出广大律师实践成果。

本书案例均为律师作者本人已经办结案件，希望通过本案例选能对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士有一定的借鉴和帮助，我们会备感欣慰。不足之处，真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

2007 年 2 月于杭州

目　录

民　事　篇

刑事篇

行政篇

公司与证券篇

建筑与房地产篇

知识产权篇

民事篇





土地闲置状态的认定

——一起国有土地使用权被国土资源局无偿收回的非诉讼代理案

李国刚　黄　勇*

案情简介

委托人：黄山市国通商贸有限公司(下称国通公司)

作出行政决定的机关：黄山市国土资源局(下称国土局)

2002年6月18日，国通公司与黄山市屯溪区人民政府签订《黄山市华鑫经济园区招商引资项目征地合同书》(下称合同书1)。2002年8月18日，国通公司又与黄山市屯溪区新潭镇人民政府签订《黄山市华鑫经济园区招商引资项目征地合同书》(下称合同书2)。为此，黄山市屯溪区计划委员会于2002年10月10日作出屯计[2002]98号《关于同意黄山市国通大酒店项目立项的批复》。2002年11月26日，黄山市城市规划局作出黄城规意字[2002]第6号《国通大酒店项目规划意见书》。2003年3月15日，国通公司与黄山市屯溪区人民政府签订《国通大酒店项目建设补充合同》。2003年6月27日，国通公司向黄山市供电局致函黄国函字[2003]01号《关于请求尽快迁移黄山市国通大酒店项目建设用地境内杆线的函》，同时抄送黄山市政府办公厅、屯溪区人民政府、黄山市计委、黄山市规划局。

2003年8月5日，国通公司与国土局签订《国有土地使用权出让合同》，并于2003年8月领取了国有土地使用权证。

2003年8月21日，黄山市规划局主持召开了由屯溪区人民政府、黄山市水利局、环保局、电力局、交通局、建筑设计等部门人员参加的国通大酒店

---

* 李国刚：男，毕业于杭州商学院(现为浙江工商大学)，浙江大学民商法研究生，专业从事建筑房地产业务，公司、项目法律顾问事务，民商事务，专职律师。

黄　勇：男，毕业于杭州大学法律系(现为浙江大学法学院)，擅长于民商、法律顾问事务、刑事方面的法律事务，专职律师。

规划方案评审会。2003 年 9 月 30 日，黄山市城市规划局作出黄城规[2003]087 号《关于国通大酒店详细规划方案的批复》。2003 年 10 月 14 日，国通公司再次致函新潭镇人民政府《请求尽快迁移国通大酒店建设用地境内杆线的函》。

2003 年 12 月，国通公司向黄山市规划局申请对国通大酒店工程进行施工放线。2003 年 12 月 26 日，黄山市城市规划局向国通公司发出黄城规函[2003]57 号《函》，称："目前地块内四条一万伏高压线路迁移工作尚未启动，影响放线和后期工程施工。市水利部门出具的防洪堤距线较屯溪区水利局先期出具的堤距线后退 40 米，距国通酒店主楼位置均受影响，在上述问题未解决之前，我局认为贸然放线定位施工是不妥当的。"国通公司项目地块最窄处的净地深度为 45 米，这样的退让也让项目无法继续。至此，本项目的设计再次受到影响，国通公司的开工努力又被迫中断。

2004 年 10 月，国通公司向规划局申请领取《规划选址意见书》和《建设用地规划许可证》，至今一直未得到批准，致使工程一直未能开工建设。

2005 年 9 月 12 日，国土局以国通公司满 2 年未按规定要求动工开发建设，违反《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十五条规定，属于闲置土地行为为由，作出无偿收回国有土地使用权决定，终止土地有偿使用合同，注销国有土地使用权证。为此，国通公司与国土局引起纠纷。

法律意见

一、律师主要法律意见

律师接受国通公司的委托，通过对该项目的仔细分析研究，根据现行法律法规的规定提出了具体的法律意见。现对主要法律意见阐述如下：

（一）"黄山市国通大酒店项目"迟迟不能开工建设的主要原因

1.项目地块内地上建筑物未全部清空，不符合酒店建筑工程用地报建要求。拆迁问题至今未能彻底拆迁完毕，影响整个工程项目。

2.项目地块内的高压杆线未能尽快迁移，至 2004 年 6 月，地块内的高压杆线仍未迁移，影响整个工程项目。

3.国通公司签订《国有土地使用权出让合同》取得土地证后，因受桃花岛项目的影响，黄山市城市规划局不同意国通公司的施工放线，影响整个工程项目的设计，国通公司开工建设的施工努力被迫中断。

4.《规划选址意见书》、《建设用地规划许可证》、《建设工程施工许可证》

未能及时办理，导致黄山市国通大酒店工程项目不能开工建设。

（二）造成“黄山市国通大酒店项目”动工开发迟延主要责任因素在于当地政府及动工开发必需的前期工作变动、反复所致

1. 黄山市屯溪区人民政府、黄山市屯溪区新潭镇人民政府未依约履行其应尽的义务，影响整个工程项目的开工建设。

（1）合同书1第二条约定由黄山市屯溪区人民政府代为办理《选址意见书》，第四条约定甲方（指屯溪区人民政府）必须在本合同签订后2个半月内（即2002年9月30日前）将“一证一书”办妥交给乙方（指国通公司）。但是黄山市国通大酒店工程建设所需的《选址意见书》至今未能办理。

（2）合同书1第七条约定甲方负责代征土地，地上全部清空，且符合乙方酒店建筑工程用地报建要求。但至今地块内尚有一修理厂约3000平方米的建筑未拆迁，水渠未改造，不符合酒店工程用地要求，屯溪区人民政府未尽到义务。

（3）合同书1第十一条约定甲方应及时有效帮助乙方处理项目建设及经营过程中的问题和困难，确保乙方工程建设顺利和按时投入经营。第十三条约定甲方负责代为乙方办理项目规划、工程建设及工商税务注册办证等有关手续。但屯溪区人民政府无一能按约履行其承诺。

（4）合同书2第二条、第七条、第十一条、第十三条中黄山市屯溪区新潭镇人民政府也作了同样的承诺，但均没有做到。

2. 黄山市国通大酒店动工开发必需的前期工作筹备作废造成动工开发迟延。

（1）2002年11月，齐云大道开始拓宽建设，本项目被迫变更整体思路，2003年不得不花费大量的时间、人力、财力结合新地形重新设计，使国通公司前期的酒店设计方案等前期筹备全部作废。

（2）因受桃花岛防洪项目的影响，规划局对施工放线不予同意，多次协调、沟通，影响工程前期工作的进程。

（3）地块内的拆迁安置、水渠改造、高压杆线的迁移等工程必需的前期工作未能及时完成均影响了动工开发的迟延。

（三）黄山市国通大酒店项目土地不属于闲置土地状态

1. 国土局作出的《收回国有土地使用权决定书》中也认定国通公司进行了排水管道建设、施工围墙建设和部分土方回填等工作，国通公司在获得土地证后，陆续在地块上投入了数百万元。因水渠改造、土方回填影响邻近地块的排水，在政府没有协调、处置好之前，国通公司无法按自己的意愿进行

施工。

况且，由于政府未按承诺办妥规划选址意见书、规划许可证及建筑工程施工许可证，国通公司也不能大规模地开展工程建设，否则国通公司属违法违规施工。国通公司筹措好了建设资金，因未取得政府必需的相关许可手续，无法使投资额达到工程总投资额的25%，但国通公司一直未中断工程开发建设。国土局认定该国有土地处于闲置状态是错误的，认为满两年未按规定要求动工开发建设与事实不符。

2. 黄山市国通大酒店项目正式开工日期应为2005年9月，经黄山市人民政府有关领导同意，以及2005年8月19日黄山市城市规划局黄城规函[2005]071号《函》所确认。

(四)作出无偿收回国有土地使用权决定的程序违法

国土局作出的无偿收回国有土地使用权决定在性质上属于行政处罚，应依法遵循行政处罚的程序。而国土局作出的决定行为程序中既没有正式立案查处，也没有事先告知无偿收回的事实理由和依据，更没有给国通公司自我申辩的机会和权利，国土局作出无偿收回国有土地使用权决定的程序违法。

二、国土局的答辩意见

针对律师的法律意见，国土局作出答复如下：

(一)国通大酒店项目未按规定时间进行开工建设是因为政府及政府有关部门原因所致，此理由不成立

1. 国通大酒店项目用地范围内的电力设施迁移，在政府各部门的努力下已于2004年6月20日前完成，项目完全可以进行规划手续办理和相关施工建设。

2. 国通大酒店项目用地范围内的房屋拆迁工作，新潭镇人民政府一直在进行，并已按约定完成了大部分的拆迁任务，调查日止，仅剩东北角处的649.7平方米房屋未完成拆迁，但对项目的规划手续办理和施工建设均不构成影响，且新潭镇人民政府已表示将按征地合同和补充合同的规定，在项目开工前30日内完成拆迁。

3. 对于规划部门不同意国通公司放线问题，国土局认为黄山市规划局2003年12月26日已函告国通公司，要求其在完成防洪堤坝的确定、电力设施的迁移和出齐全套设计图纸后完成规划报批，但国通公司在2004年6月20日完成防洪堤坝的确定和电力设施迁移后并未向市规划局出具完整

的图纸，也因此未办理规划审批申请手续，故不存在同意或不同意放线的问题。

(二)国通公司开工前的必需工作被迫调整致使其无法按期开工，此理由不成立

1.2002年11月齐云大道的拓宽工程不构成对国通大酒店开发的影响。该项目的征地合同虽是2002年8月签订，但其项目用地审批和供地是在2003年8月完成的，供地时项目用地的位置、面积与拓宽后的齐云大道位置等均已明确，因此不存在齐云大道拓宽工程影响其开工建设问题。

2.因防洪堤坝的确定影响国通公司规划审批和施工放线理由不能成立。国土局认为2004年1月防洪堤坝位置已经有关部门确定，故不影响国通公司进行规划报批和施工放线，未进行规划审批和施工放线完全是由于国通公司未按时进行工程图纸设计等原因造成的。

3.电力设施的迁移和少量房屋拆迁问题等，虽当时对国通大酒店项目开工造成一定影响，但2004年6月后所有影响因素已基本消除，在其后近14个月的时间里，国通公司完全可以完成前期的相应工作并进行开工建设。

(三)国通公司认为其行为不构成闲置土地行为，此理由不成立

1.国通大酒店投资已达数百万元之说不正确。据国土局调查核实，国通公司已支付征地、拆迁等款项总金额为462万元，尚欠50万元未支付；另国通公司还投资建设围墙、回填土方、铺设排水管道等共计约100万元。根据国土资源部《闲置土地处理办法》第二条第(三)项的规定，国通公司必须完成总投资额的25%以上，否则属于闲置土地。因投资额不包括征地和土地手续办理的费用，而国通公司扣除征地及土地手续办理的费用外，目前投资仅100余万元，没有达到总投资额25%的要求，依法应当认定属于闲置土地行为。

2.对于国通公司提出的开工时间应为2005年9月的看法错误。以出让方式获得土地使用权的，开发时间计算应当按照出让合同约定的动工期或出让合同签订时间计算，而不能以个人同意或其他约定为计算依据。

三、复议决定

国通公司因不服国土局《收回国有土地使用权决定书》，于2005年9月27日向安徽省国土资源厅提起行政复议申请。安徽省国土资源厅经审查，作出了皖国土资复决字[2005]第6号《行政复议决定书》，撤销国土局作出

的《收回国有土地使用权决定书》。具体理由：

(一)无偿收回国通公司国有土地使用权，不具备法定的条件

《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十五条规定："以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满1年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费；满2年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权；但是，因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。"本案中，黄山市屯溪区人民政府和新潭镇人民政府与国通公司签订的《黄山市华鑫经济园区招商引资项目征地合同书》，黄山市屯溪区人民政府与国通公司签订的《国通大酒店项目建设补充合同》，均明确约定屯溪区人民政府和新潭镇人民政府确保在国通公司酒店正式开工前30日将征地范围内的所有输电杆线全部迁出，有关迁移费用由国通公司承担。黄山市城市规划局也认为，黄山国通大酒店项目地块内四条1万伏高压线路迁移工作尚未启动，影响放线和后期工程施工。黄山市水利部门出具的防洪堤距线较屯溪区水利局先期出具的堤距线后退40米，国通大酒店主楼位置受影响。2004年1月，防洪堤坝经黄山市水利局和屯溪区水利局核实确认。2004年6月20日，国通大酒店项目用地范围内的高压线完成了迁移。国通公司于2003年8月5日取得国通大酒店项目国有土地使用权后，未及时动工建设，确有因规划调整、防洪堤坝确定、高压杆线迁移等因素影响。

根据国土资源部《闲置土地处置办法》第二条第一款、第二款第(一)项规定，闲置土地"是指土地使用者依法取得土地使用权后，未经原批准用地的人民政府同意，超过规定的期限未动工开发建设的建设用地"。"国有土地有偿使用合同或者建设用地批准书未规定动工开发建设日期，自国有土地有偿使用合同生效或者土地行政主管部门建设用地批准书颁发之日起满1年未动工开发建设的。"本案中，国通公司自2003年8月5日与国土局签订《国有土地使用权出让合同》后到2005年8月5日已满2年，没有进行动工开发建设，也未经原批准用地的黄山市人民政府同意，构成闲置土地。但根据《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十五条规定，国通公司闲置土地的时间应扣除因政府及有关部门的行为造成动工开发迟延的时间。国土局于2005年9月12日收回国通公司国有土地使用权，没有扣除因政府及有关部门的行为造成动工开发迟延的时间，应予纠正。

(二)国土局收回国通公司国有土地使用权适用的程序错误

原国家土地管理局印发《关于认定收回土地使用权行政决定法律性质的意见》(1997国土法字第153号)的通知中规定:"依照《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十五条规定,超过出让合同约定的动工开发日期,满2年未动工开发建设的,人民政府或者土地管理部门依法收回国有土地使用权,属于行政处罚。""《行政处罚法》颁布施行后,除行政处理决定仍旧按照土地管理法律、法规的规定执行外,土地管理的各项行政处罚必须依照《行政处罚法》和《土地管理法》规定的程序实施"。本案中,国土局在作出收回国有土地使用权决定之前,应当告知国通公司作出收回国有土地决定的事实、理由和依据,并告知国通公司依法享有的权利。但国土局在作出收回国有土地使用权决定时,既没有依照《行政处罚法》规定的程序予以立案查处,也没有告知国通公司作出收回国有土地使用权的事实、理由和依据以及享有陈述、申辩等权利,违反了《行政处罚法》的规定。

经典评析

本案争议的焦点有两个层面:其一,涉案的黄山市国通大酒店项目的土地是否处于闲置状态?其二,如果属于闲置土地,无偿收回该项目用地土地使用权的法定条件是否成就?

根据国土资源部《闲置土地处置办法》第二条第一款、第二款第(一)项内容的界定,闲置土地必须是超过规定的期限未动工开发建设的建设用地。如果未约定或规定动工开发建设日期,自国有土地出让合同生效或者土管部门建设用地批准书颁发之日起满1年未动工开发建设的,为闲置土地。

而从本案的事实来看,国通公司不间断地陆续投入了数百万元资金,在该地块内开展和进行了排水管道建设、施工围墙建设和部分土方回填等工作,这都是有据可查的,因此,不应认定为"未动工开发",该项目用地也理应不能作为闲置土地来定性。

《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十五条的规定,则是在确定闲置土地的性质的前提下,对征收土地闲置费或者无偿收回土地使用权作了进一步的明确。但是,该规定同时罗列了除外情况:"因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。"

而从本案黄山市国通大酒店项目用地自项目立项、规划设计、审批、签订《国有土地使用权出让合同》及其后一系列事实过程来看,造成动工开发

一再延迟的确是存在很多客观因素的，项目地块内拆迁迟迟未能完成、高压杆线迟迟未能迁移、防洪工程设计变更影响项目建设等等都是客观存在的事实，这种状况完全是为了服从当地政府及其电力、水利等部门的规划与工作所造成的，因此，本案所涉项目用地未能及时按规划的规模动工开发应当属于前述规定的除外情况。

因此，本案所涉项目用地不属于闲置土地，事实上和法律上的依据都是充分明确的。退一步说，即使处于闲置状态，也是由于前述的种种原因所致，属于依法可以无偿收回的除外情况，也就是说，无偿收回的法定条件并没有成就。

虽然安徽省国土资源厅在认定事实上采取了折中的方式，一方面认定本案所涉项目用地性质上属于闲置土地，另一方面又以“没有扣除因政府及有关部门的行为造成动工开发迟延的时间”为由认定无偿收回不具备法定条件，但是最终决定撤销黄山市国土资源局的《收回国有土地使用权决定书》，还是比较客观公正的，国通公司的合法权益得到了切实有效的保护。

通过对书证的法理分析还原事实真相

——潘某诉中国工商银行余姚市支行某某分理处借贷纠纷再审一案述评

唐国华　姚　杰*

案情简介

原告:潘　某

被告:中国工商银行余姚市支行某某分理处(以下简称某某分理处)

2001年9月19日,某某分理处原主任李某向潘某个人借款人民币100万元并出具如下收条称:今收到潘某现金人民币壹佰万元整,用于银行承兑汇票贴现,到期日为二〇〇一年十二月二十日,由工行某某分理处负责保管并收回,归还潘某。该收条落款处盖有某某分理处的业务公章。后李某死于交通意外,潘某凭收条向某某分理处索要100万元借款未果遂诉至法院。

2002年4月,潘某诉某某分理处借贷纠纷一案经宁波市中级人民法院(2001)甬民初字第93号民事判决书判决一审胜诉。根据判决,某某分理处应返还潘某个人借款人民币100万元。

2002年9月,该案经浙江省高级人民法院二审,(2002)浙法民终字第108号民事判决书以"借款原因显属虚构",潘某"未能提供某某分理处已实际收到此款(一百万元)的证据",潘某"诉称缺乏事实根据",某某分理处原主任李某出具收条的行为不是职务行为,系盗用单位名义行为,与单位无关等理由否定借款事实,撤销一审判决,驳回潘某的诉讼请求。与此同时,杭城某报也出现了较大篇幅的指责潘某谋取不当利益的错误报道,对潘某个人声誉造成了不良影响。

2002年底,本文作者唐国华、姚杰律师接受潘某委托担任其申请再审

* 唐国华:男,毕业于北京大学法律系,杭州仲裁委员会仲裁员,专职律师。

姚　杰:男,毕业于浙江大学,专业从事建筑房地产业务,企业公司、项目法律顾问事务,专职律师。

的委托代理人。此后，该案历经最高人民法院立案要求复查，浙江省高级人民法院复查维持原生效判决，最高人民法院下裁定指令浙江省高级人民法院再审以及期间多次举行听证等诸多程序。历时四年，最终于2006年1月5日经浙江省高级人民法院审判委员会讨论撤销原二审判决，维持了宁波市中级人民法院的公正判决。2006年上半年，潘某已顺利地从余姚市工商银行取回本应属于自己的百万元巨款。

再审期间，两位代理律师还曾赴余姚当地调查取证，在事隔多年之后仍收集到几份对潘某极为有利的关键新证据，从而为再审改判打下了良好的证据基础，最终有力地保护了潘某个人的合法财产，同时也挽回了错误判决对其个人声誉造成的不良影响。

争议焦点

1.虚构的借款原因能否直接否定借款的客观事实；

2.收到借款的举证义务应当由出借人还是借款人来承担；

3.某某分理处是否应当为其原负责人李某的借款行为承担民事责任。

审理判决

一审判决情况

2002年4月1日，浙江省宁波市中级人民法院作出(2001)甬民初字第93号民事判决书。

浙江省宁波市中级人民法院认为，被告某某分理处原主任李某出具盖有被告业务章的收条是对债务的确认——其作为被告的负责人向原告出具收条的行为，应认定是职务行为，故原告有权要求被告按约归还欠款，原告的诉讼请求可予支持。被告作为领有营业执照的金融机构的分支机构，按照《民事诉讼法》的有关规定，其可以作为本案的诉讼主体。被告辩称“原告起诉的主体不符，分理处没有收到该笔借款，是李某的个人行为”与事实不符，不予采信。依照《中华人民共和国民法通则》第八十四条之规定，判决被告某某分理处归还原告潘某欠款。

二审判决情况

2002年9月11日，浙江省高级人民法院作出(2002)浙法民终字第108号民事判决书。

浙江省高级人民法院认为，潘某据以起诉的主要证据是某某分理处原

PDG

主任李某于2001年9月19日以分理处名义出具的"收条",根据"收条"记载的内容及潘某的陈述,当时某某分理处向潘某借款的原因是为了用于银行承兑汇票票面金额的贴现,潘某为此以该汇票(复印件)作为证据提交。从已查证的上述汇票及贴现凭证显示的内容看,受理该汇票贴现的是淄博市商业银行,出具"收条"当日的汇票持有人系齐鲁石油化工股份有限公司,而某某分理处并非该汇票的持有人,亦非受理该汇票的贴现银行,因此,可以认定"收条"上所记载的借款原因显属虚构,潘某在2001年12月3日向余姚市支行反映情况的记录及在一审庭审和本院二审调查所作的陈述中,均称李某出具"收条"时,出示了汇票原件,其复印一张,并将该汇票(复印件)作为本案证据提交,用以证明借款发生的原因。同理,根据前述认定的汇票持有人及贴现的事实,潘某关于当时李某持有汇票及某某分理处借款原因的陈述,亦不真实,本院不予采信。此外,关于潘某诉称其出借给某某分理处100万元现金问题,因出具"借条"的李某已死亡,此节事实除潘某本人陈述外,尚无其他相关证据予以印证,某某分理处对此亦予以否认,潘某也未能提供某某分理处已实际收到此款的证据予以证实,故潘某的诉称缺乏事实依据,本院不予采信。关于当事人就某某分理处原主任李某出具"收条"行为后果所产生的争议,依照我国《民法通则》第四十三条的规定精神,只有当企业法人的法定代表人或其他工作人员执行法人有关业务活动时,其责任才能由法人承担。所谓执行职务的行为,包括职务权限范围和职务活动本身要求法定代表人或工作人员实施的行为。根据前述借款原因和某某分理处未实际收到借款的事实,并结合商业银行临柜业务操作的一般惯例分析,显然可以排除李某代表某某分理处向潘某借款的可能性,其出具"收条"的行为当然不能认定为执行职务的行为,对盗用单位名义的行为后果,依法应由盗用人自负,与被盗用单位无涉。综上,上诉人某某分理处提出的上诉理由成立,被上诉人潘某以"收条"为据,请求某某分理处归还100万元之借款的主张,缺乏事实和法律依据,本院依法不予支持。此外,就本案而言,某某分理处在印章管理方面存在疏漏,但鉴于该管理疏漏是否已造成本案被上诉人潘某损失尚未确定,且不属本案审理范围,故某某分理处因管理疏漏应承担的责任,不宜在本案中一并作出处理。原判认定事实不清,适用法律错误,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百五十三条第一款第(二)、(三)项之规定判决撤销宁波市中级人民法院(2001)甬民初字第93号民事判决书,驳回潘某的诉讼请求。

再审判决情况

2006 年 1 月 5 日,浙江省高级人民法院作出(2004)浙民再字第 32 号民事判决书。

浙江省高级人民法院认为,2001 年 9 月 19 日以某某分理处名义出具并加盖了某某分理处业务公章的收条载明:今收到潘某现金人民币 100 万元整用于银行承兑汇票贴现,到期日为 2001 年 12 月 20 日,由工行某某分理处负责保管并收回,归还潘某。由于某某分理处未否定该收条上所盖公章的真实性,收条作为证明借款关系存在的直接证据,根据上面载明的文义,可以认定某某分理处已经收到潘某的现金人民币 100 万元。原二审查明,该收条出具当日本案所涉汇票的持有人系齐鲁石油化工股份有限公司,受理该汇票贴现的是淄博市商业银行,某某分理处并非该汇票的持有人,亦非受理该汇票的贴现银行。据此虽可以确认潘某有关借款当时见过该汇票原件的陈述虚假,但借款原因的虚假并不足以否定收条所证明的借款事实,因此潘某认为"其关于借款原因的举证即使不被采纳,也不成为收条不被采纳"的申请再审理由成立。某某分理处否认 2001 年 9 月 19 日收条证明的借贷事实,应负举证责任。某某分理处辩称没有该款入账记录并提供了相应的账册,在有账外经营事实的情况下其单方的陈述和账册不足以否定收条所证明的潘某与某某分理处之间的借贷关系。关于 2001 年 9 月 20 日从潘某存折上支取的 69 万元,某某分理处认为是潘某自行支取并提供了相应的取款凭证,但该取款凭证上的取款人身份证号 330219541021022 并非潘某的身份证号,经余姚市公安局确认查无此人。因某某分理处在办理客户存折大额现金存款支取业务时,未核对取款人的身份证,以致该笔款项的取款人无法确认,故某某分理处主张该 69 万元存款系潘某支取缺乏证据佐证,本院不予支持。李某作为某某分理处的负责人,对外可以代表某某分理处。某某分理处认为其负责人李某加盖公章出具收条的行为是个人行为而非职务行为,不能提供相应的证据予以证明。依照最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第三条"单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员,以该单位的名义对外签订经济合同,将取得的财物部分或全部占为己有构成犯罪的,除依法追究行为人的刑事责任外,该单位对行为人因签订、履行该经济合同造成的后果,依法应当承担民事责任"的规定,即使李某凭其特殊的个人身份以单位的名义对外签订合同并将取得财物占为己有,某某分理处仍应依法对李某签订、履行该经济合同造成的后果承担民事责任。原二审认定李某盗用单位名义,行为后果由

其自负,缺乏事实和法律依据,应予纠正。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十四条、第一百五十三条第一款第(三)项、第六十四条第一款之规定,经本院审判委员会讨论决定,判决撤销本院(2002)浙法民终字第108号民事判决书,维持宁波市中级人民法院(2001)甬民初字第93号民事判决书。

经典评析

本案纠纷性质属借贷纠纷。该类纠纷的主要证据往往不是借条就是收条,借条或收条作为该类纠纷的关键性证据将直接影响判决结果,而本案纠纷所涉的主要争议也无一例外地均出自收条所记载的文字内容。因此能否对书证内容进行深入细致的法理分析是申请再审成功与否的重中之重。本案再审过程中,代理律师正是因为牢牢抓住了这一中心,充分有效地论证了收条作为书证的直接证明力,才最终帮助潘某获得了再审改判的公正结局。现结合前述之案件争议焦点作如下评析:

一、收条足以证明借款事实,无须其他证据进一步证明

某某分理处于2001年9月19日出具的收条系书证,书证的证明力来自记载内容。该收条明确记载"今收到潘某现金人民币壹佰万元整,用于银行承兑汇票贴现,到期日为二〇〇一年十二月二十日,由工行某某分理处负责保管并收回,归还潘某。"该收条不仅以某某分理处名义出具,由某某分理处负责人亲笔书写,还加盖有某某分理处"业务公章"。

该收条证明潘某与某某分理处存在借贷合同关系,且潘某已经完成合同义务,即将人民币100万元交付给某某分理处。

二、二审判决否定收条的证明效力,缺乏事实和法律的依据

1. 收条的证明效力完备,并经过质证,足以证明某某分理处收款事实。

某某分理处对收条的真实性无异议,即某某分理处确实出具该收条。该证据是原始证据、直接证据,证明力充分。一审判决认定该证据的证明效力符合法律规定。

"证据真实性"是指证据是否能够反映客观事实,是否与客观事实相一致。本案中,收条的记载内容明确,即某某分理处收到潘某人民币100万元。该内容是否与客观事实相一致,是否真实,必须依法质证。某某分理处在一审质证时,已经对真实性予以认可。因此,该证据真实可信,应当依法

作为本案的有效证据。

2.借款原因或者承诺用途的真实与否不能决定借贷行为的真实性。

二审判决认定收条记载的借款原因虚构,以此否定借贷行为的真实性、客观性,认定某某分理处不可能向潘某借款,显然错误。收条关于"用于银行承兑汇票贴现"这一借款原因或用途的承诺、说明是某某分理处向潘某出具,不是潘某向某某分理处出具承诺。该说明既不是借贷合同成立或生效要件,更不是借贷行为真实性的先决条件。某某分理处是否按照合同约定使用款项,只是其履行合同的行为,即便未按照合同约定使用,也只是由被申请人承担违约责任,而不能因此否定借款行为的真实性。

即使收条上没有记载借款原因,或者潘某并不知道借款的真实原因,都不影响借款事实的认定。

而且,对借款原因的举证责任在某某分理处,不在潘某。因此,潘某关于借款原因的举证,即使未被采纳,也不成为收条不被采纳的理由。

3.关于"某某分理处未实际收到借款"的认定缺乏证据,不能对抗、更不能否定收条的证明效力。

某某分理处称没有收到借款,其账目中没有记载。潘某没有权利和义务管理某某分理处的账目,亦没有就某某分理处账目进行举证的责任。某某分理处的账目系由某某分理处制作,该账目不能对抗收条的证明力。某某分理处未提供有效的反驳证据,是对其出具的、且认可收条所确认事实的无故反悔,故某某分理处"未实际收到借款"的主张不能成立。

即使某某分理处负责人收到款项后,确实没有入账,那也是某某分理处管理的规范性问题或者该负责人的法律责任问题,而不能否定潘某已经交付的事实,或者由潘某承担上述款项未入账的责任。

二审判决称"根据前述借款原因和某某分理处未实际收到借款的事实,并结合商业银行临柜业务操作的一般惯例分析,显然可以排除李某代表某某分理处向潘某借款的可能性"。该认定在法律逻辑上存在重大错误:一是无视收条的真实性及其充分证据效力;二是以银行业务的规范性或惯例来否定真实性。

"未实际收到借款"是某某分理处的主张,即结论,且属于与其收条相矛盾的主张,而不是证据、不是论据。二审判决以某某分理处的该主张作为证据,否定收条的证明力,进而否定潘某请求,显然是错误的。事实上,没有任何证据能够排除李某代表某某分理处向潘某借款的可能性。

PDG

三、李某的借款行为是职务行为,某某分理处应当为其承担民事责任

收条的落款为“工行余姚市支行某某分理处”,且加盖公章。故借贷合同的当事人是某某分理处,而不是李某。收条中不存在“李某”的名字,某某分理处称出具收条的行为系李某的个人行为没有依据。

根据某某分理处营业执照的记载,李某系某某分理处的主任,担任某某分理处负责人一职。潘某有理由相信李某有权代表某某分理处对外进行民事行为,包括签订合同、收取款项。因此,某某分理处应当承担因该借贷合同产生的民事责任。二审判决关于某某分理处被其负责人盗用名义、与某某分理处无关的认定,既没有任何证据,也与法律规定不符,甚至贻笑大方,凸现二审偏袒某某分理处的不公正倾向。

四、某某分理处存在长期违规经营事实

再审期间,代理律师搜集到浙江省高级人民法院(2002)浙法民终字第216号民事判决书(以下简称216号判决书)证实了某某分理处违规经营的事实,从而对再审法官的自由心证产生较为有利的影响。该216号判决书认定:某某分理处在1996年底或1997年初开始为搞福利进行账外资金运作,通过借入资金低进高出赚取利润,该资金运作未进银行大账只进银行小账,某某分理处以此种方式向外违规借款达几千万元之巨,本案所涉潘某的100万元仅是其中很小的一部分,而分理处原主任李某则是该账外资金运作的主要人员。对此,余姚市当地不少企业、个人都十分清楚,而某某分理处的上级机关也曾就此开展过专门的调查工作。

本案所发生的情况印证了某某分理处开展账外经营活动的事实。

1.潘某系在余姚市具有较高知名度的民营企业家,资金实力雄厚,并且在工商银行余姚市支行某某分理处以个人名义合法存入巨额资金,正因如此,某某分理处及李某才会向潘某借贷开展账外经营活动所需的100万元资金。

2.潘某出借给某某分理处的100万元,除31万元为现金外,其余69万元原本就存在某某分理处下属机构储蓄所,该69万元系李某从潘某处得知密码后又从某某分理处候青门储蓄所提出。该行为充分印证了某某分理处及李某开展账外经营活动的事实。因为如系正规合法的经营活动或需贴现银行承兑汇票,某某分理处及李某原本无需征得潘某同意即可动用潘某储存在某某分理处的巨额资金,正因其是违规的账外经营活动,所以需将原储

存在分理处的资金另行提出，通过体外循环，低进高出来赚取非法利润并为职工谋取不正当的福利。

本案的真实情况是，某某分理处及李某利用潘某对金融方面相关知识的欠缺，以贴现银行承兑汇票为名向潘某借得（实为吸储）100 万元资金行账外经营活动之实，因此某某分理处大账上无此笔借款记录也就不足为奇了。



八年涉外生产线质量纠纷终在最高法院调解

——某工业公司诉大卫公司购销合同纠纷案证析

陈晓军*

案情简介

1992年,浙江省东阳市塑料工业公司(以下简称东塑公司)经国务院经济贸易办公室批准并列入"1992年国家技术改造专项结存外汇引进项目计划",进口"共挤PET片材生产线"一套。经多个国家考察,最后确定向美国大卫标准公司(David-Standard Corporation)(以下简称大卫公司)购置。1992年12月20日,东塑公司的进口代理人中国机械进出口总公司(以下简称中机公司)与美国机械有限公司(以下简称美机公司)签订上述生产线购货合同。1993年5月16日,美机公司与大卫公司签订上述生产线买卖合同,并明确最终用户为东塑公司。签约同时,美机公司、大卫公司和东塑公司的代表在PET片材生产线的供货范围、设备性能、质量保证、工程设计、安装、试车和接收、培训、保证期等附件上签注了各自的姓氏。此后,东塑公司向中机公司付款231万美元,1994年1月生产线设备到达东塑公司并由大卫公司派人调试。调试中,东塑公司与大卫公司针对生产线质量问题产生了极大争议,到1996年大卫公司拒绝再派人进行调试。东塑公司于1997年8月委托本律师代理提起诉讼。2000年4月浙江省高级人民法院一审判决大卫公司赔偿东塑公司共挤PET片材生产线设备货款损失2199551.70美元;大卫公司赔偿东塑公司其他经济损失人民币13001936.36元。2004年,本律师再次接受委托,代理二审诉讼。2005年9月22日,经最高人民法院调解,双方达成和解协议:安装于东塑公司的共挤PET片材生产线设备归东塑公司所有,大卫公司对该设备不再负任何责任;大卫公司

---

* 陈晓东:男,专职律师。

支付东塑公司150万美元。至此,历时八年的讼争,终于尘埃落定。

争议焦点

针对东塑公司的诉讼请求,大卫公司提出了驳回诉求的上诉抗辩理由。具体焦点为:

(一)东塑公司与大卫公司有无法律关系

大卫公司上诉提出:大卫公司与东塑公司不存在任何直接的合同法律关系。大卫公司于1993年5月16日与美机公司在美国签订货物买卖合同及附件,向美机公司销售共挤PET片材生产线设备。此后,美机公司又将该货物销售给东塑公司委托的进口代理商中机公司。因此,大卫公司与东塑公司没有直接的合同关系。虽然东塑公司的代表在合同附件上进行了标注(签了个姓),但并不能说明东塑公司是合同方。东塑公司的代表与美机公司的人员一同来,标注也只能算是美机公司一方人员。并且,根据《中华人民共和国对外贸易法》第九条和第十三条的规定,东塑公司也无权在该货物买卖合同及附件上标注,其代表的标注不具有任何法律效力。因此,东塑公司无权依据该货物买卖合同及附件的约定直接向大卫公司主张权利。

东塑公司本代理人认为:东塑公司、美机公司和大卫公司三方签注的供货范围、质量、培训等方面的协议,作为一种民事法律行为,应具有法律约束力。这份协议虽是合同的附件,但明确约定最终用户为东塑公司,因此对东塑公司的身份是明确的,且是独立于美机公司的。再者,三四年来的生产线调试争议交涉也是在东塑公司与大卫公司之间直接进行的。东塑公司与大卫公司、美机公司对产品使用性能和质量状况等方面签订的书面协议,即对机械设备质量的承诺,是明示的质量保证。而美国二公司作出这种承诺的目的,是要获取上诉人通过中机公司支付的货款,反过来东塑公司正是得到了这些承诺,才会把货款通过代理人支付。且根据我国《民法通则》第106条规定,违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任。即使不属于合同关系,作为对最终用户所承诺履行的义务,也应承担相应的民事责任。

浙江省高级人民法院在一审判决中认为:由东塑公司、美机公司及大卫公司三方代表签署的92MMG-400(62)21US号合同、附件及相互之间的往来函电,构成了东塑公司与美机公司和大卫公司就共挤PET片材生产线设备质量、性能及调试(试车)等事宜达成协议的证明;上述协议内容不违反中华人民共和国法律的禁止性规定,不违反社会公共利益,对本案三方当事人具拘束力。

(二)是否适用中国法律和受中国法院管辖

大卫公司上诉提出,本案货物买卖合同系在美国由两家美国公司签订,该合同的履行,如付款和交货行为,均在美国,而不在中华人民共和国领域之内,其货物买卖法律应当受美国当地法律管辖。因此,两个外国公司之间发生在中国领域之外的法律关系应当不适用中华人民共和国法律和受中国法院的管辖。此外,本案的案由是“产品质量纠纷”,东塑公司起诉的法律依据为《中华人民共和国产品质量法》和其他相关法律。正如前述,大卫公司生产和销售该货物的行为均在中国境外,而《产品质量法》第 2 条规定:“在中华人民共和国境内从事生产、销售活动,必须遵守本法。”该法律的适用地域为中国境内,其适用主体为中国境内的公司、企业(包括中国境内的外国公司的分支机构)、事业单位、国家机关、社会组织以及个体工商业经营者,而大卫公司在中国境内没有任何机构或办事处,因而不是《产品质量法》适用的主体。而且我公司并没有在中国境内从事生产、销售该货物。因此,大卫公司在中国既无法律意义上的生产销售行为,又不是中国《产品质量法》适用的主体,东塑公司无法依据《产品质量法》向法院就“产品质量纠纷”起诉大卫公司。最后,大卫公司还提到东塑公司应通过其进口代理商中机公司依据该货物进口合同的争议解决条款,即仲裁条款解决纠纷。

东塑公司本代理人认为,有关质量方面的协议是在北京签订的,该协议受中国法律管辖。代理人还提供了当时签注的东塑公司原法定代表人的谈话笔录,以及其签注时从东阳到北京的飞机票佐证。且协议中已经表明最终用户为东塑公司,及本案机械设备安装、运转和接收合同设备均约定在东塑公司工厂。由此可见,协议的签订及主要销售义务的履行都发生在中华人民共和国境内。再者,目前发生质量纠纷的标的物在中国境内。根据《中华人民共和国民法通则》第 145 条规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议的适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”显然,本案质量纠纷应适用中国法律。基于上述事实,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 243 条之规定:“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷,对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼,如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行,或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内,或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产,或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构,可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构所在地人民法院管辖。”东塑公司选择诉讼标

的物所在地的浙江省高级人民法院管辖,有法可依。

浙江省高级人民法院在一审判决中认为:“当事人未选择解决争议适用的法律,根据国际私法的最密切联系原则,应以设备的最终用户所在地、安装调试地及争议发生地即中华人民共和国法律为本案所适用的法律。”关于管辖,最高人民法院终审裁定:东塑公司依据其与美机公司和大卫公司就设备质量、性能等达成的协议提起诉讼,符合起诉条件。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 243 条的规定,本案争议标的物在浙江省境内,浙江省高级人民法院对本案纠纷具有管辖权。

(三)关于主要事实的争议

大卫公司上诉提出:(1)涉及的设备技术较为复杂,相关合同条款也允许大卫公司进行多次调试,尤其是东塑公司在 1996 年 2 月 13 日致大卫公司的传真中也承认大卫公司工程人员的试车“工作十分努力,并且制作了优质的片材”;(2)大卫公司已按约完成调试,是东塑公司未按约签发接收证明;(3)东塑公司未能运转使用本案所涉设备,是其自身的冷却水系统、原材料受污染、工人未按正确方法操作等造成,不应归咎于大卫公司;(4)即使设备试车后有问题也是按约保修和售后服务,但东塑公司拒签接收证明违约在先,大卫公司无法提供保修和售后服务;(5)按合同约定,大卫公司所应担负的最高赔偿金额不得超过合同总价款的 5%,而不是全部货款;(6)即使设备有缺陷,大卫公司按约定,也是承担 12 个月保修期内的修理、更换以及相关费用,不应判令退货并赔偿货款。

东塑公司本代理人与上述相对应认为:(1)东塑公司发给大卫公司的传真均是调试不成的一些交涉,以及索赔要求。至于 1996 年 2 月 13 日东塑公司发的传真,同样表明了大卫公司技术人员在调试过程中替换部件和使用自动模头时其厚度分差不能达到合同要求,厚度不统一,部分规格片材未测试的情况。因为时至春节,传真件的结尾说了一些客气用辞,诸如“工作十分努力”、“制作了一些好的片材”、“新年好运”等。但大卫公司提供的这份传真件中文翻译时刻意地漏译了“一些”二字,且该传真件的主文是调试未完成的情况。(2)双方合同详尽约定了有关调试的条款以及调试所应达到的质量和产能,调试不成功无法生产合格产品和达到约定产能,当然是违约行为。合同约定“经调试产品性能符合合同要求,经书面签收,合同设备视为买方接收了”。这是一个设备是否符合合同要求的形式要件,没有签收,显然不能证明调试完成。这是双方自定的形式条件。(3)合同约定“能生产符合标准的产品基于使用美国原材料”,东塑公司为此从美国进口了昂

责的原材料进行调试。至于工人操作等按合同大卫公司有义务负责培训，且调试操作是在大卫公司专家现场掌控下进行的。其他客观方面理由更无事实依据。(4)不签收就拒绝再提供售后服务的这种态度，印证了上诉人在四次调试不成以后无理而强硬地拒绝继续调试，东塑公司迫不得已才走上诉讼维权之路的事实。东塑公司希望早日完成调试，开始正常生产，每次调试都需要耗费大量人力和原材料，还要招待大卫公司专家，无故不签收是没有理由的。(5)赔偿不超过5%按约定是指三次运转失败，质量问题低于保证值10%以下设备可以被买方接收的情形。如果整套生产线调试失败，只赔5%，既不符常理，也显失公正，大卫公司对合同的理解是错误的。(6)关于保证期十二个月的约定，保证期并不是一个法律上的专用词。并且按协议，不论保证期内还是保证期外，都没有排除法律明文规定的修理、更换、退货、赔偿损失等违约责任。况且，关于保证期的抗辩理由，一审中大卫公司因未参加庭审，应视为自动放弃。

浙江省高级人民法院在一审判决中认为：美机公司供应、大卫公司生产的共挤PET片材生产线设备质量不符合协议约定的要求，以及大卫公司未能完成设备的调试工作，均属于违约行为，由此造成东塑公司的经济损失，本应由美机公司、大卫公司各自承担民事责任。大卫公司在设备多次调试失败后，撤回调试人员，致设备仍无法正常运转使用，并进而造成东塑公司的重大经济损失，其违约行为严重影响东塑公司期望的经济利益，东塑公司根据大卫公司违约行为的性质和程度合理选择由大卫公司退回货款及赔偿其他经济损失的诉讼请求应予支持。

经典评析

从时间上看，本案从1997年8月起诉到2005年9月调解结案，整整八年余，期间东塑公司与大卫公司双方律师可谓用尽了法律技巧，斗智斗勇，各有得失。针对案中涉及的最为典型的一个法律问题，即第三方受益人的理论分析如下：

本案中，东塑公司与中机公司是代理进口设备生产线的代理关系，中机公司与美机公司是跨国买卖合同关系，而美机公司实际上是中机公司的全资子公司，美机公司与大卫公司是美国公司间的买卖合同关系。质量纠纷发生后，参照《关于对外贸代理制的暂行规定》第24条精神，东塑公司可以要求代理商中机公司按进出口合同的规定对外提起仲裁或诉讼。而中机公司和美机公司的进出口合同约定如有纠纷向中国国际经济贸易仲裁委员会

PDG

提起仲裁。1997 年 6 月东塑公司一方面函请中机公司做好准备提起仲裁，另一方面自行对仲裁结果的法律风险进行评判。中机公司作为东塑公司的代理人，与其全资子公司签订购货合同，实际上是与自己进行交易，属于滥用代理权。如果再由其出面向自己的子公司索赔，败诉的风险显然极大。

为此，东塑公司转而选择直接以质量纠纷起诉大卫公司。由于法无明文规定，浙江省高级人民法院曾以无直接合同关系裁定不予受理，但最高人民法院终审裁定却认可了依据就设备质量、性能等达成的协议提起的诉讼，裁定应予受理。事实上，东塑公司本代理人在立案前，不但认真研究了中国民法原则，也研读了美国合同法相关文选和判例，在庭审中作了很好的运用，并试图让对方当事人能够体会不论适用中国还是美国法律，我方都是在理的。在美国合同法法理中，当合同当事人一方对他方作出一项许诺时，如果该诺言可以使某一第三人受益，作出这一许诺的合同当事人称为诺言人，接受这一许诺的合同当事人称为受诺人，该受益的第三人称为第三方受益人。根据普通法，第三方受益人没有向诺言人提供对价，因而无权请求法院强制执行诺言人的诺言。然美国现代的判例法所采纳的规则是，附带的受益人不能根据合同对诺言人起诉，但有意的受益人可以直接对诺言人起诉，要求其履行自己的诺言。区别这两种受益人的标准是：如果诺言人作出许诺主要和直接的目的是让一个第三人受益，该第三人就是有意的第三方受益人；如果某一第三人的受益只是诺言人作出许诺的附带的和间接的后果，该第三人就是附带的第三方受益人。美国联邦第七巡回区 1965 年密歇根健身脚踏车公司诉韦森案，就是原告依第三方受益人的理论向被告要求赔偿获得支持的判例。现代的法律允许有意的第三方受益人直接依合同对诺言人起诉的原因是：首先，可以防止不当得利的产生。当诺言人违背自己的诺言时，主要的受害者是第三方受益人，而不是受诺人。因此，受诺人一般不会对诺言人起诉。在这种情况下，如果不允许该第三方受益人起诉，该诺言人就可以获得不当得利。就本案来说，中机公司和美机公司只是东塑公司进口设备的中介体，根本不愿介入到诉讼中来。其次，防止多余的诉讼的发生。如果不允许第三方受益人对诺言人起诉，在许多情况下，前者就只能对受诺人起诉，再由受诺人对诺言人起诉，从而增加了诉讼。当然，并非所有第三方受益人均可起诉。在美国华盛顿州 1971 年麦克唐纳建筑公司诉默里案中，由于承包方未能在合同规定的期限内完工，发包方提起诉讼。后来，该建筑物的承租人也加入了诉讼，要求就工期的拖延给其造成的利润损失进行赔偿。华盛顿州上诉法院判决：一个第三人要想从诺言人那里得到

PDG

赔偿,单凭诺言的履行可以受益这一事实是不够的。该合同必须是为了第三人的利益而签订,或者至少此种利益的产生是履行的直接后果,并且是在合同双方的意料之中的。在决定一个合同是否造成一种第三方受益人的身份时,关键的问题在于,这种利益是直接产生于合同,还是一种附带的、非直接的利益。

因此,本案最关键的一点在于,合同中明确东塑公司是设备生产线的最终用户,且有关质量方面附件有东塑公司的签注,足以表明与合同的直接联系。解决了这一难点,才让浙江省高级人民法院裁定不予受理的本案,获得险胜。最后也使得大卫公司自愿同意调解,将生产线设备留给东塑公司,并退回了大部分货款。


PDG

发票上的法律事实与法律智慧

——某物资公司诉某建设公司买卖合同纠纷案评析

陆云良[*]

案情简介

2005年8月29日,原告某某物资公司(以下简称物资公司)向法院起诉某某建设公司(以下简称建设公司)。原告诉称,被告在承建某住宅小区的过程中,多次向原告购买钢材,货款总计为810897.45元。被告以转账方式先后两次支付货款共计62万元,至今尚欠原告钢材款190897.45元。原告为支持其诉讼请求,向法院提供了销售提货单(存根联)、发票(存根联)和收货单等证据。请求人民法院判令被告给付钢材款190897.45元。

被告辩称,原告所称不是事实,被告并不存在欠原告货款的事实,除原告诉称以转账方式支付的62万元以外,其余款项均以现金方式支付完毕,请求人民法院驳回原告诉请。

经庭审,人民法院认定如下事实:被告因承建某住宅小区需要,向原告购买钢材共计价值人民币810897.45元。被告已收取了全部钢材及相应的销售发票。原告认为被告仅以转账支票方式向原告支付了钢材款62万元,尚欠190897.45元;但被告认为余款已以现金方式付清,且有被告向自己开具的全部货款发票为据。双方遂发生争议,诉至法院。

争议焦点

在庭审中,原、被告双方确认本案争议焦点为:被告持有原告开具的全部货款发票,是否足以证明被告已向原告支付了全部货款的事实。换句话说,在被告持有全部货款发票的情况下,是应由被告承担已付款的举证责

---

* 陆云良:毕业于武汉大学,西南政法大学法学硕士。专业从事民事、经济、建筑和房地产领域的法律事务。

任，还是应由原告负被告未付清全部款项的举证责任。

关于举证责任分配问题，双方持有不同观点。原告认为，被告虽然持有发票，但是在双方交易过程中形成了先发货后开票再付款的交易惯例。另外，发票不是已付款的凭据，而是据以付款和据以收款的凭据。何况，被告在庭审过程中不能说明自己是如何支付现金的具体过程。因此，被告虽然持有发票，但仍不能证明自己已经付款，还须有其他证据来证明已经付款的事实。但是被告认为，被告已持有的发票依法具有证明自己已付款的证据效力，发票具有付款凭据的证据意义。对被告来说，持有发票即应首先推定被告已付款。至于是否能够说明付款的具体过程，不影响发票的证据效力，被告在持有发票的情况下，没有法定义务说明付款的具体过程和具体细节。另外，在双方之间不存在什么先发货后开票再付款的交易惯例。

双方为证明自己的主张，分别提供了相应的证据。

原告提供的证据为：

证据1：销售提货单17份，证明被告已收到原告的钢材。

证据2：发票8份，证明被告已收到原告开具的全部发票。

证据3：收条5份，证明被告已收到全部钢材及发票的事实。

证据4：照片2份，证明被告承建某住宅小区的事实。

证据5：进账单3份，证明双方具有钢材购销业务合同关系，以及被告欠付原告货款的事实。

被告提供的证据为：

证据1：发票8份，证明原、被告双方的钢材交易中货款已经全部付清的事实。

证据2：销货提货单(随货联)17份，系作补强证据证明被告已经支付了全部货款。

双方在质证过程中，对对方提供的证据之真实性均无异议，但均对对方证据的证明对象及证明力持有异议。

审理判决

一审法院认为，原、被告之间构成买卖合同关系。被告收取原告交付的货物后，即应支付相应的货款，并有权获取相应的销售发票。根据我国发票管理办法的有关规定，从事经营活动的单位或个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应向付款方开具发票，付款方应当向收款方取得发票，发票系经营活动中的收付款凭据。因此，如无相反证据，可以认定付款方已支付了

相应的对价，才能取得相应的发票。本案被告已收取了原告开具的全部销售发票，可以因此认定被告已支付了与发票对应的全部货款。现原告未能提供，即应承担举证不能导致的不利后果。综上，依据《中华人民共和国合同法》第六十条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决驳回原告的全部诉讼请求。

原告不服一审判决，遂提起上诉。其上诉理由认为，发票不能作为收付款凭据；事实证明，上诉人与被上诉人间存在先提货后开票再付款的交易习惯；况且，被上诉人不能说明如何付款的问题。因此，是否已付清货款，应由被上诉人负举证责任，故要求二审法院改判。被上诉人答辩认为，发票依法具有收款人已收取款项和付款人已支付货款的证据意义；在被上诉人持有足够证据证明已付款的事实，被上诉人没有法定义务说明如何付款的问题；况且，由于实际交易的时间长，交易次数多，因此无法回忆付款的具体过程是符合常理的。因此，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审法院查明事实与一审相同。同时认为，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。本案双方当事人对已收取货物及货款金额没有异议，争议的是被上诉人是否已支付了全部货款。根据上述法律规定，被上诉人对“已支付全部货款”的抗辩事实负有举证责任，为此，被上诉人提供了由上诉人开具的有关交易的全部发票。根据有关法律、法规的规定，从事经营活动的单位或个人，对外发生经营业务收取款项的，收款方应向付款方开具发票，付款方应当向收款方取得发票。因此，发票系经营活动中的收付款凭证，具有证明收款人已收取款项和付款人已支付款项的证据意义。本案被上诉人提供了上诉人开具的全部销售发票，在无相反证据推翻该证据效力的前提下，应当认定被上诉人已支付了与发票对应的全部货款。故判决驳回上诉，维持原判。

经典评析

笔者认为，本案一、二审的判决无疑是正确的。发票是否可作为收付款的凭据，是否足以证明收款人已收取了相应款项或付款人已支付了相应的款项，这在现实交易活动中是一个十分复杂且经常发生争议的问题。的确，在现实交易过程中，经常发生先开发票后付款的情况，这为现实中类似的争议发生提供了现实的依据。也正因为如此，本案在司法实践中具有一定的典型性，为司法实践提供了相当有参考价值的判例，同时为纠正现实交易中

PDG

存在的混乱秩序提供了法律指引。笔者作为被告(被上诉人)的代理人,现结合庭审辩论情况,站在完全客观的立场上对本案作如下评析:

1.发票作为收付款凭据,首先应推定其为收款人已收取相应款项或付款人已支付相应款项的足够证据。正如前所述,在现实交易过程中,的确存在先开票后付款的情况。但是,《中华人民共和国发票管理办法》明确规定发票是收付款凭据,也就是说,在法律上发票具有已收款或已付款的证据意义。因此,在法律上首先应推定发票为收款人已收款或付款人已付款的足够证据。结合案情,抓住关键证据,运用推定方法判定证据的证明力,从而确定案件事实的逻辑起点,这是几百年来司法实践所积累的法律智慧。笔者认为,本案一、二审法院在审理本案过程中,在就本案事实各执一词的情况下,之所以能作出正确的裁判,正是因为科学运用了推定的方法,从而结合事实与法律,找到了确定本案法律事实的正确的逻辑起点。

2.付款方在持有发票的情况下,没有法定义务说明付款的具体过程。在本案中,原告(上诉人)自始至终总是抓住被告(被上诉人)不能完全说清付款的具体过程这一薄弱环节不放。在一般情况下,付款人确实应当能够说清付款的大致过程。特别是在相对熟识的交易人之间且交易过程比较简单的情况下,用现金支付货款,要求付款人说清付款的具体过程,这是不过分的。但是,这不能一概而论。当交易人间不熟悉,交易时间距案件发生时间又比较长,支付过程又比较复杂,则不能苛求付款人,即不能因付款人不能准确说明何时、何地、向何人付款、何时支付多少等问题,而认定付款人所持发票不具有相应证明力。笔者认为,付款人在付款后没有法定义务必须记住付款的具体过程及其付款的细节。否则,法律就对付款人增添了额外的交易和生活压力,这是不公平和非正义的。同时,如果以付款人是否能说清付款的具体过程为裁判依据,则可能陷入法律裁判以当事人陈述为依据,而不是以法律为准绳的逻辑悖论之中。以自由裁量权推翻法定证据,在司法实践中应当慎之又慎。

3.正确分配举证责任,是认定法律事实的关键。在任何案件中,法官和律师都不可能亲历。因此,对法官和律师来说,所能做的全部工作就是根据法律和证据把握法律事实。在相当多的案件中,当事人往往对关键事实各执一词,甚至决然对立,使案件事实处于不明状态。几百年来,法律人为解决这一难题,创造了举证责任分配这一件既体现法律人智慧又体现人类普遍公平、正义和秩序观的法律武器。但是,在具体案件中,正确分配举证责任,并非一件易事。在本案中,一、二审法院正确把握了举证责任分配原则,

并据此正确认定本案法律事实，从而为作出正确裁判奠定了法律事实基础。

4.运用自由裁量权，须把握正确的司法导向。以证据为依据，以法律为准绳，这是司法的基本原则。但是，在任何案件中，要作出一个正确的裁判，还须法官恰当地运用自由裁量权。公平、公正、效率与秩序是法律的基本价值所在。法律的上述价值，当然源于证据与法律，同时也离不开法官自由裁量权的恰当运用。而恰当运用自由裁量权，关键在于把握正确的司法导向。毋庸讳言，在本案中，如不能正确把握司法导向，本案的某些表面现象足以导致错判。笔者在代理本案的整个过程中，完全感受了法官把握正确司法导向的法律理性。我们可以想象的是，如果本案判决原告(上诉人)胜诉，则今后付款人在交易中单单持有发票就不足以证明自己已付清相应款项，在付款时还须索要现金收据，或者还须以录音、录像或其他证据佐证已付款事实，或者还须问清收款人的姓名，记住付款的具体过程等。显然，这不是我们所需要的甚至是可怕的公平、公正、效率与秩序。

5.本案留给人们的教训。本案虽然以我的当事人求得公正、合法权益得到维护告终。但是，本案从管辖异议到作出生效判决，历时一年有余，时间和精力的浪费是不少的。而这一切麻烦的发生，源自本案发票开具时填写不详尽，发票的“交款方式”、“收款人”等栏目均为空白所致。也就是说，如果当时收取发票时认真核对、检查一下，要求出票人将发票栏目填写完整，则不至于有今天麻烦的发生。在现实生活中，发票栏目填写不全，空白多多，这是十分常见的现象。笔者在此提请人们今后务必注意这一问题，以避免不必要的纠纷和讼累。



结余工资应归谁所有？

——朱某某诉某金矿公司劳动争议案

陈洵熙*

案情简介

被告浙江省某金矿有限公司的前身为浙江省某金矿，是一家国有独资企业，1995年由浙江省人民政府授权杭州钢铁集团公司管理。原告朱某某于1985年至1998年在被告单位工作，在此期间，被告依照合同约定履行了支付原告劳动工资的义务，同时，被告根据上级主管部门的文件精神在提高定级工资、固定工资转效益增资、提高起级工资标准、实施效益工资等企业工资分配制度中，均按规定对原告的工资予以增资、晋级。1998年8月原告自愿与被告单位解除劳动合同，获得安置费2500元/年。

1988年，被告根据国务院"关于国营企业工资改革问题的通知"中"企业工资总额同经济效益挂钩"的精神，并经浙江省劳动人事厅、浙江省财政厅批复同意，实行"每两黄金工资含量包干办法"的工资分配制度；1993年经浙江省改革工资制度领导小组企业办公室批复同意，被告的工资总额同经济效益挂钩的办法，同时核定挂钩的工资总额基数；1994年至1995年实行工资同实现税利挂钩浮动办法；1996年至1998年实行工资总额同经济效益挂钩基数的办法，并根据国务院、财政部等部门关于"企业实行工资总额与经济效益挂钩后，使用效益工资要适当留有结余，以丰补歉"的文件精神，从1988年起实行结余工资制度，并至1998年底累计结余工资数为2024.49万元（至今仍实行该结余工资制度）。

2005年11月，被告意将从1988年至2004年以来实行工效挂钩期间的部分结余工资再进行分配。分配方案规定，分配对象为2005年11月20

* 陈洵熙：男，专职律师。

日仍登记在册的职工，包括1988年之后的离退休、退养、病退人员。因原告已于1998年8月与被告解除了劳动合同，故不在分配对象之列。原告对此有异议，与被告交涉未果后，即于2006年3月27日向某县劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁委员会不予受理。原告遂向法院起诉，要求判令被告返还原告应得的1988年至1998年工作期间被克扣7%的结余工资，并赔偿原告应得结余工资25%的赔偿金。

争议焦点

1. 结余工资的性质和所有权归属。
2. 企业提留结余工资是否属克扣职工工资行为。
3. 已离开企业的职工是否有权要求分配在职期间的结余工资。

审理判决

原告诉请理由：

原告认为所谓的结余工资是从原职工的劳动工资中按照7%的比例克扣的，其性质是职工的劳动报酬。原告从1988年开始到1998年解除劳动合同，共被被告克扣了十年零八个月。被告未将上述情况告知原告，原告也从未表示过同意。被告的上述行为不但侵占了原告的劳动报酬，而且侵犯了原告的知情权。现被告将属于1988年起全体职工被克扣的劳动报酬作为结余工资发放给在册的职工，对原本属于原告和其他原职工的结余工资却拒不发给，其行为显然违法，显失社会公平原则，侵犯了原告取得劳动报酬的权利。

被告辩称：

1. 答辩人已经按照劳动合同约定切实履行了工资支付义务。原告诉称答辩人克扣其在1988年至1998年工作期间7%结余工资，缺乏事实和法律依据。

2. 答辩人在相关部门核准的企业工资总额基数中适当提留的做法，有充分的法律依据。适当提留不是克扣职工工资行为。全民所有制企业依法享有工资、奖金分配权，从工资总额基数适当提留是国有企业行使工资、奖金分配权的具体体现，也是全民所有制企业实现工资分配制度时应尽的法律义务。“适当留有结余，以丰补歉”，从工资总额基数中适当提留是法律、行政法规、行政规章确立的一项工资分配原则，全民所有制企业必须遵守。

3. 企业从工资总额基数中适当提留没有侵犯职工包括获取劳动报酬权利在内的任何权利。原告作为被告单位原职工有权按照劳动合同获取工

资。而确定原告工资的主要依据是劳动合同及企业的工资制度。职工无权要求分配企业财产,无权要求分配企业利润,企业是否侵犯职工的工资分配权,主要看企业有没有违反劳动合同,有没有违反企业工资分配制度。被告按照劳动合同等发放原告的工资,已履行了支付工资的义务,没有侵犯原告获取劳动报酬的权利。

原、被告双方分别提交了相关证据材料。

判决结果:

法院经审理后驳回原告的诉讼请求。法院认为,被告系国有独资企业。在国有企业中,国有资产管理部门或者财政部门通常根据企业的经济效益和职工人数,按年度或按一定时间段核定企业的工资总额,企业按核定数额所提取的工资额通常多于实际发放给职工的工资额,其多于部分就是所谓的结余工资。1989 年 3 月国务院发布的《关于进一步加强工资基金管理的通知》第三条规定:实行工资总额同经济效益挂钩的企业,应严格按照批准的工资与经济效益基数和比例核定效益工资;使用效益工资时要适当留有结余,以丰补歉。1991 年,劳动部《关于进一步搞好全民所有制企业内部工资分配的意见》中关于"企业内部工资分配要留有余地,以丰补歉,兼顾国家、企业、职工个人三者利益"的规定又进一步对这一问题作了说明。因此,被告浙江省某金矿有限公司实行结余工资制度和提留结余工资的制度符合国家政策规定,是合法的;企业法人的法律制度决定了企业法人对企业财产享有所有权,企业法人发放的工资是从企业的财产中提取的,工资在发放给职工之前,属于企业财产。被告属国有企业,而国有企业的财产性质在《中华人民共和国全民所有制工业企业法》第二条第二款有明确规定,即企业的财产属于全民所有,国家依照所有权和经营权分离的原则授予企业经营管理。由此可见,国有企业所提取的工资包括结余工资在未发放给职工之前,其所有权属于国家,但如何使用和分配该结余工资应由该国有企业按照国家的政策规定进行。故原告主张国家财产即结余工资的分配权没有法律上的依据。《民法通则》第七十二条规定:财产所有权从财产交付时起转移,法律有规定或者当事人另有约定的除外。企业当期所提取的工资并不当然是当期发放的工资,结余工资和企业的生产效益挂钩,但不和职工当期应发工资挂钩。因此,结余工资并非职工共有的财产,且原告在职期间被告已按规定足额发放了工资,不存在对原告在劳动期间拖欠、克扣其应发工资的情形。

经典评析

本案作为劳动争议案件，其特殊性在于出现提留结余工资的情况。类似案例比较鲜见。下面仅就案件的相关问题，作简评。

一、有关工资总额基数、结余工资的性质问题

工资总额基数，是指经劳动、财政等部门审核确定的，工效挂钩企业用以计算年度工资总额提取量的基额。工资总额基数不同于企业实际发放给职工的年工资累计总额。工资总额基数制度是国家对全民所有制企业实行工资总额与经济效益挂钩工资制度改革的重要组成部分。1985 年国务院《关于国营企业工资改革问题的通知》确立了工资总额和经济效益挂钩的国营企业工资改革的基本原则。该《通知》第一条明确规定："企业工资总额同经济效益挂钩。从 1985 年开始，在国营大中型企业中，实行职工工资总额同企业效益按比例浮动的办法。"该《通知》还针对不同企业，规定了工效挂钩的不同办法，普遍以企业上缴税利为挂钩指标，亏损企业可以按减亏幅度为主要经济指标与工资总额挂钩，部分企业也可以以采矿量工资含量包干办法。1993 年以前，主管部门实行每两黄金工资含量包干办法核定被告单位的工资总额。1994 年、1995 年主管部门以实行税利为挂钩指标核定被告单位的工资总额。1996 年、1997 年、1998 年以经济效益为指标核定被告单位的工资总额。

"结余工资"是全民所有制企业依据相关法律、行政法规、规章及其他规范性文件，结合企业实际情况，从相关主管部门审核确定的工资总额基数中的适当提留。从企业工资总额基数中适当提留，法律、法规及其他规范性文件有不同的称谓，如工资储备基金（国务院《全民所有制工业企业转换经营机制条例》第二十五条）、工资增长基金、内部工资基金（国务院《关于国营企业工资改革问题的通知》）、工资储基金（劳动部《关于加强企业工资总额宏观调控的实施意见》）、工资后备金（浙劳人薪<1991>60 号文件）等等。在被告的《某金矿有限公司结余工资分配方案》中简称为结余工资。

二、结余工资的权属问题

首先，结余工资属企业自主管理财产。前面已充分分析了结余工资的性质、来源和处置原则等，结余工资的归属非常明确。国务院《关于国营企业工资改革问题的通知》第九条也明确规定，工资增长基金归"企业所有"，

不得平调。

其次,企业职工有权主张体现为工资的劳动报酬,无权要求分割企业自主管理的财产,无权要求分割企业经营利润。劳动者是企业财富的创造者,但不是企业财产的直接所有者。劳动者可依据劳动合同享有工资分配权,但没有企业资产的分配权。

三、企业从工资总额基数中适当提留没有侵犯职工包括获取劳动报酬权利在内的任何权利,不是克扣职工工资的行为

首先,要正确理解职工个人工资和克扣工资的概念。工资是用人单位依据国家有关规定和劳动合同的约定,以各种形式支付给劳动者的劳动报酬。克扣工资是指用人单位无正当理由扣减劳动者按劳动合同规定的标准应得的劳动报酬。劳动者向用人单位主张工资报酬的主要依据是劳动合同的约定和国家有关规定。原告向被告主张工资报酬的依据也只能是:(1)双方签订的劳动合同;(2)是国家法律、法规及其他规范性文件的明确规定。

其次,要正确理解职工个人工资和企业工资总额基数之间的关系。主管部门核定的企业工资总额基数,是国家允许企业发放职工工资的最高额度,但企业在给职工发放工资时必须留有余地。即在通常情况下,全体职工工资总额往往低于主管部门核定的企业工资总额基数。工资总额基数与职工个人工资有关,但确定职工个人工资的主要依据仍然是劳动合同的约定、与劳动合同相关的企业工资制度及国家规定。

企业从工资中适当提留,既不违反劳动合同的约定,也不违反国家法律、法规及其他规范性文件的规定,不可能侵犯职工的权利。

四、相关法律法规

《工资支付暂行规定》第三条　本规定所称工资是指用人单位依据劳动合同的规定,以各种形式支付给劳动者的工资报酬。

《浙江省企业工资支付管理办法》第二条　本办法所称工资是指企业按照国家规定和劳动合同的约定,以货币形式支付给劳动者的劳动报酬,包括计时工资、计件工资、奖金、津贴、加班加点工资以及特殊情况下支付的工资等。

《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十三条　《劳动法》中的“工资”是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定,以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬,一般包括计时

工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。

《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》第三条　《规定》第十五条中所称“克扣”系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资(即在劳动者已提供正常劳动的前提下用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬)。不包括以下减发工资的情况:(1)国家的法律、法规中有明确规定的;(2)依法签订的劳动合同中有明确规定的;(3)用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的;(4)企业工资总额与经济效益相联系,经济效益下浮时,工资必须下浮的(但支付给劳动者工资不得低于当地的最低工资标准);(5)因劳动者请事假等相应减发工资等。

《中华人民共和国全民所有制工业企业法》第三十条　企业有权确定适合本企业情况的工资形式和奖金分配办法。

《全民所有制工业企业转换经营机制条例》第十九条　企业享有工资、奖金分配权。企业的工资总额依照政府规定的工资总额与经济效益挂钩办法确定,企业在相应提取的工资总额内,有权自主使用、自主分配工资和奖金。企业有权根据职工的劳动技能、劳动强度、劳动责任、劳动条件和实际贡献,决定工资、奖金的分配档次。企业可以实行岗位技能工资制或者其他适合本企业特点的工资制度,选择适合本企业的具体分配形式。企业有权制定职工晋级增薪、降级减薪的办法,自主决定晋级增薪、降级减薪的条件和时间。除国务院另有规定外,企业有权拒绝任何部门和单位提出的,由企业对职工发放奖金和晋级增薪的要求。

《国务院关于国营企业工资改革问题的通知》第七条　企业的工资改革,要贯彻执行按劳分配的原则,以体现奖勤罚懒、奖优罚劣,体现多劳多得、少劳少得,体现脑力劳动和体力劳动、复杂劳动和简单劳动、熟练劳动和非熟练劳动、繁重劳动和非繁重劳动之间的合理差别。至于具体工资分配形式,是实行计件工资还是计时工资,工资制度是实行等级制还是岗位(职务)工资制、结构工资制,是否建立津贴、补贴制度,以及浮动工资、浮动升级等,均由企业根据实际情况,自行研究确定。企业主管部门和劳动人事部门,要帮助企业及时总结经验,择优推广。企业可以把工资总额随同经济效益提高增加的工资连同现行奖金的大部分用来改革工资制度,留下的少量奖金主要用于奖励少数在生产、工作中有技术革新、发明创造和突出贡献的职工。

《国有企业工资总额同经济效益挂钩规定》(1993 年 7 月 9 日劳动部、

财政部、国家计委、国家体改委、国家经贸委发布)第九条　本规定所称工资总额基数,是指经劳动、财政部门审核确定的,工效挂钩企业用以计算年度工资总额提取量的基额。

《全民所有制工业企业转换经营机制条例》(1992年7月23日国务院令第103号发布)第二十五条　企业应当每年从工资总额的新增部分中提取不少于1%的数额,作为企业工资储备基金,由企业自主使用。

《国务院关于国营企业工资改革问题的通知》【发布日期1985/01/05】

一、企业工资总额同经济效益挂钩。从1985年开始,在国营大中型企业中,实行职工工资总额同企业经济效益按比例浮动的办法。

……

九、建立企业工资增长基金。企业随同经济效益提高而提取的工资增长基金归企业所有,不得平调。可以在银行设立工资增长基金专户,允许跨年度使用。但企业每年增加的工资超过工资总额的一定限额时,国家要征收工资调节税;如果留作企业内部工资基金,以丰补歉,在年度之间调剂使用时,国家免征工资调节税。实行职工工资总额同企业经济效益按比例浮动的办法。

《国务院关于进一步加强工资基金管理的通知》【颁布日期1989/03/30】

……

三、实行工资总额同经济效益挂钩的企业,应严格按照批准的工资与经济效益挂钩的基数和比例核定效益工资,并列入《工资基金管理手册》;使用效益工资时,要适当留有结余,以丰补歉。没有实行工资总额同经济效益挂钩的企业,必须按照国家下达的工资总额计划执行。

《劳动部、财政部、国家计委关于国营企业工资总额同经济效益挂钩实施办法》

……

二、地区和部门对企业实行工资总额同经济效益挂钩的有关问题

……

5.企业实行挂钩后,使用新增效益工资时要适当留有结余,以丰补歉,这要作为企业目标责任制的一项重要内容。实发工资超过一定幅度时,要按国家规定交纳工资调节税;经济效益指标下浮时,工资总额也要按比例相应下浮,为了保证职工的基本生活,下浮幅度最多不超过核定的工资总额基数的20%。

《关于进一步搞好全民所有制企业内部工资分配的意见》(1991 年 2 月 9 日　劳薪字(1991)19 号)

一、企业内部工资分配的基本原则　企业内部工资分配是企业将符合国家政策规定,通过合法经营和职工诚实劳动所获得的集体劳动报酬分配给职工个人的全过程。搞好企业内部工资分配应遵循以下基本原则:……(四)企业内部工资分配要留有余地,以丰补歉,兼顾国家、企业、职工个人三者利益,兼顾企业内部各方面利益,兼顾企业眼前利益和长远利益。

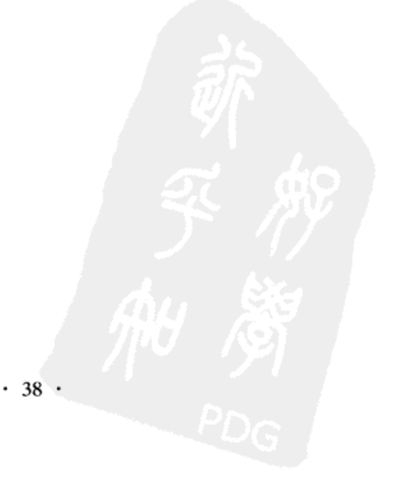
《劳动部印发〈关于加强企业工资总额宏观调控的实施意见〉》……

第九条　各地区、部门、全国性公司、企业集团所属企业实发工资总额必须严格控制在弹性计划的工资总额之内。企业编制的当年工资总额使用计划应在国家按政策允许提取或核定的总额之内,如有突破,劳动部门应会同企业主管部门综合运用经济的、法律的和必要的行政手段,指导企业对当年预计发放的工资总额进行相应的调整,鼓励企业多留一些工资储备金,以利以丰补歉。

《浙劳人薪(1991)60 号浙江省劳动人事厅、财政厅、计委〈关于做好新一轮企业工资总额同经济效益挂钩工资的通知〉》

……

五、加强工资基金的宏观调控,建立和健全工资后备金制度　企业要建立工资后备金制度,工资后备基金的提取比例,可根据企业当年新增效益工资的多少和职工平均工资水平的高低分别确定。



歌星张某某诉浙江某服饰有限公司肖像侵权纠纷案

陈洵熙*

案情简介

原告歌星张某某,男,香港居民,香港天星娱乐有限公司艺员。委托代理人刘民杨,广东虎门律师事务所律师;委托代理人郭惠宾,广东历维永盛律师事务所律师。

被告浙江某服饰有限公司,法定代表人潘某某,董事长。委托代理人陈洵熙,浙江泽大律师事务所律师;委托代理人孙雅申,北京市广住律师事务所律师。

2004年8月17日,浙江省文化厅浙文港台(2004)98号文件批复同意,由杭州弘扬文化传播有限公司(以下简称弘扬公司)主办,浙江省对外文化交流公司(以下简称文化公司)承办,邀请香港歌手张某某领衔主演的音乐剧《雪狼湖》来杭州演出。2004年10月23日,弘扬公司及张某某创意主演音乐剧《雪狼湖》世界巡演杭州组委会(以下简称组委会)共同授权杭州智汇堂广告传播有限公司(以下简称智汇堂公司)为本次音乐会的赞助推广机构,对外商谈赞助事宜及签订与赞助商的合作合同。授权委托书明确了赞助单位的权利,特别确认了赞助商使用张某某肖像用于产品宣传的权利。授权委托书第八条规定:"赞助单位的品牌产品将成为本次演唱会唯一同类指定产品。并允许贵单位以'2005年张某某创意音乐剧雪狼湖世界巡演杭州站'指定产品的形式对外宣传。"第九条规定:"组委会提供1张雪狼湖张某某照片给赞助商作为平面宣传之用。必须以宣传张某某创意音乐剧雪狼湖世界巡演杭州站为主题,禁止使用大型户外平面及电视媒体。"

---

* 陈洵熙:男,毕业于浙江大学法学院(原杭州大学法律系),专职律师。

2004年10月25日，智汇堂公司与某服饰公司依据弘扬公司和组委会的授权委托书签订了《合同书》。《合同书》约定，某服饰公司支付赞助费人民币20万元，某服饰公司取得授权委托书中规定的赞助商全部九项权利。2004年10月28日，弘扬公司与某服饰公司签订授权协议，进一步确认某服饰公司享有将张某某照片用作平面广告的权利。《合同书》签订后，某服饰公司及时支付赞助款，智汇堂公司将张某某照片提供给某服饰公司使用。某服饰公司将照片用于衬衫包装盒、易拉宝和小型户外广告等。2005年1月份开始打样小批量生产以张某某肖像为广告的衬衣。

2005年5月底，张某某委托律师向北京市第二中级法院提起诉讼，以某服饰公司擅自使用张某某肖像作为男正装包装、用张某某的肖像设置大型的户外广告并在北京、陕西、河南、湖南、甘肃、四川等二十多省、市销售使用张某某肖像的产品为由，要求：(1)判令被告立即停止使用原告肖像的侵权行为，销毁侵权产品，拆除全部广告，并在全国性报刊上向原告公开道歉；(2)判令被告支付原告诉前支付的合理费用27000元，赔偿原告经济损失800万元人民币；(3)判令被告承担本案诉讼费用。

争议焦点

1.某服饰公司使用的张某某照片系剧照还是个人肖像。

2.某服饰公司在得到组委会及弘扬公司授权情况下使用照片是否构成侵权。

3.如果认定构成侵权，损害赔偿的计算标准及数额如何认定。

4.律师隐瞒身份且未征得证人同意的情况下获取的录音证据的证据效力问题。

审理判决

原告诉请事实和理由：

2004年底，原告发现被告公司擅自使用原告肖像作为其服装产品的包装和户外广告宣传。在中国大陆片区，因原告唯一许可东莞市松鹰实业有限公司(以下简称松鹰公司)在男装正服的广告素材上具有原告的肖像使用权，为此，原告委托松鹰公司对被告侵权情况进行调查了解，证实被告不但擅自使用原告肖像作为男正装包装外，而且还使用原告肖像在户外设置大型的户外广告，被告使用原稿肖像的产品销售遍及北京、陕西、河南、湖南、甘肃、四川等二十多个省市，造成了极大的影响。被告未经原告同意，以营利为目的擅自利用原告肖像作为商品包装和设置户外广告，为其产品进行

促销，其产品销往全国各地，影响范围广。被告的行为不但严重侵犯了原告的肖像权，同时还损害了授权使用单位松鹰公司的利益，给原告造成重大负面影响和损失。

被告辩称：

1. 某服饰公司以赞助原告主演的《雪狼湖》巡演方式，依据合同取得使用《雪狼湖》剧照的权利。杭州弘扬文化传播有限公司系浙江省文化厅批准的主办单位，该公司及音乐剧《雪狼湖》组委会共同授权杭州智汇堂广告传播有限公司作为该次演出的赞助推广单位，对外商谈赞助事宜并签订赞助合同，同时承诺提供一张《雪狼湖》张某某剧照给赞助商作为平面宣传之用。

2. 原告及《雪狼湖》出品人知道并认可某服饰公司使用《雪狼湖》剧照。原告及出品人明确授权组委会及主办单位，组委会及主办单位明确授权杭州智汇堂广告传播有限公司、某服饰公司得到广告公司授权，且某服饰公司作为赞助单位出现在此场《雪狼湖》音乐剧所有电视报纸广告、门票、海报、宣传特刊、现场横幅及各种媒体关于此场音乐剧的硬广告上，我公司的LOGO被印制于海报上。

3. 某服饰公司在合同约定及授权委托书授权范围使用剧照。取得剧照后，我公司按照合同，在使用的剧照显目位置注明“雪狼湖”，在包装盒下方特别表明“张某某创意音乐剧雪狼湖世界巡演(杭州)”字样。

4. 原告在诉状中部分陈述不是事实。(1)某服饰公司在2005年才将该剧照用于衬衫包装和吊牌。原告称2004年底即发现某服饰公司使用《雪狼湖》剧照，与事实不符。(2)某服饰公司仅将剧照使用于衬衫，没有使用于所有男正装。原告诉称某服饰公司将剧照用于男正装包装，扩大了使用剧照的范围。(3)某服饰公司仅在小范围试销使用雪狼湖剧照的衬衫。原告称销售范围遍及全国二十多个省、市与事实不符。(4)某服饰公司没有设置户外广告。原告称某服饰公司在户外设置大型广告与事实不符。(5)某服饰公司使用了张某某主演音乐剧《雪狼湖》剧照。在音乐剧《雪狼湖》中，张某某系《雪狼湖》中的艺术形象。艺术形象不能等同于演员本身。体现艺术特征的剧照也不能等同于演员作为自然人的肖像。原告称某服饰公司使用原告肖像，有意混淆了剧照与自然人肖像两个不同概念。综上，请法院依法驳回原告的诉讼请求。

(限于篇幅，证据部分内容略)。

法院审理结果：

一审法院认定某服饰公司在产品外包装上使用的照片系张某某的个人

形象，而非《雪狼湖》音乐剧的剧照，而某服饰公司不能证明其使用张某某照片经过张某某或者张委托人的授权，因此认定某服饰公司使用张某某肖像的行为系侵权行为。关于原告主张的被告使用原告肖像的范围不仅是男衬衫/被告使用肖像设立户外广告，及被告侵权产品的销售范围、产量、时间问题，因原告未能提交充分证据证明其上述主张，故对原告的该项主张不予认定。被告未经原告同意，以营利为目的使用原告肖像，侵犯原告的肖像权，应当承担停止侵权、赔礼道歉、赔偿损失等相应责任。因此，原告关于判令被告立即停止使用原告肖像的侵权行为、在全国性报刊上向原告公开赔礼道歉及支付原告诉前支付的合理费用 27000 元，法院予以支持。关于要求判令被告赔偿原告经济损失的诉讼请求，法院予以支持，但原告请求赔偿的数额过高，法院根据被告承担赔偿责任的经济能力以及能够确认的侵权产品的产量、销售范围，原告的影响力等因素酌定赔偿数额。因侵权的载体为产品的外包装，不涉及产品自身，可不予以销毁，因此，对该项诉请法院不予支持。法院判决内容为：(1)被告于判决生效后立即停止使用原告肖像的侵权行为；(2)被告于判决生效后 15 天内在全国性报刊上刊登就侵害张某某肖像权向张某某赔礼道歉的致歉声明；(3)被告自判决生效后 15 日内向原告支付为制止侵权所支付的合理开支 27000 元；(4)被告自本判决生效后 15 天内向原告赔偿损失 70 万元。(5)驳回原告的其他诉讼请求。

原告方不服，仍坚持原诉主张提起上诉，北京高院二审维持原判。

经典评析

近年来，因明星代言活动频繁而引发的侵犯明星肖像权的案子为数不少。其中不乏如本案被告般在取得看似合法的授权后而被认定侵犯肖像权的案例。究其一点，法律规定肖像权的使用必须得到肖像权本人或者其合法授权主体的同意方可。另外，分辨明星个人形象还是剧照也是一个经常遇到的难题。就本案的几个焦点问题，结合本案事实、证据、相关法律和法院判决，做以下分析。

一、关于剧照与肖像的问题

法律对于如何认定两者的区别并无明文规定。被告代理人力图以涉案照片反映的是《雪狼湖》音乐剧的艺术形象而非单一的张某某个人形象来抗辩，但法院未予采纳。二审法院对于该问题的认定理由或可作为今后判别类似情况的一个参考标准。二审法院认为：所谓剧照，是指“戏剧中某个场

面或电影、电视中某个镜头的照片”；而肖像是“以某一个人为主体的画像或相片（多指没有风景陪衬的大幅相片）”。综合表现舞台场景、造型、情节和特定人物的剧照可能融合了作品著作权人、制作人、导演人、表演者等众多主体的智力投入，因此，作为艺术形象的剧照当然不能简单地等同于肖像；但另一方面，剧照不仅承载了舞台的某个镜头，也承载了表演者的人物形象。因此，对作为同一载体的剧照和肖像可能存在权利冲突，但如照片基本反映的是表演者的面部形象或以面部正面形象为主，具有高度的可识别性，亦可认为是表演者的肖像。在本案中，涉案照片反映的是张某某的肩部以上正面形象，显然是肖像而非剧照，该照片并未传达该音乐剧所要表现的人物、思想、情节、意境等内容，亦非音乐剧的某个场景。且现有证据证明该着装形象是张某某出席在北京的音乐会新闻发布会上的着装形象。因此，某服饰公司系对张某某肖像的使用，其关于剧照使用之主张不予认可。

二、有关某服饰公司使用张某某照片的性质问题

弘扬公司系浙江省文化厅批文确认的音乐剧《雪狼湖》的主办单位，智汇堂公司系赞助推广单位，组委会根据浙江省文化厅批文设立，智汇堂公司又以《雪狼湖》剧照形式向赞助商提供原告的照片，授权书和赞助合同又明确将原告照片用于产品宣传。客观上，上述事实足以使被告合理相信代理权存在的事实，另任何善意第三人处于同样的环境下都会合理地信赖代理权的存在。主观上被告善意且无过失。被告在签订合同前，查阅了文化厅批文，取得了弘扬公司和组委会的授权书，确信弘扬公司、组委会得到张某某的授权。签订赞助合同后，即时支付赞助款支持张某某领衔主演的《雪狼湖》在杭顺利演出。在使用张某某肖像的产品包装上显著位置突出《雪狼湖》主题。张作为《雪狼湖》的领衔主演及艺术总监明知被告为《雪狼湖》演出的赞助商，依法应推定知悉赞助合同的全部内容。因此，某服饰公司依据与智汇堂公司签订的合同书及弘扬公司和组委会的授权委托书等使用张某某的肖像，从表面看有合法依据。但由于未经张某某本人同意，某服饰公司使用张某某肖像的行为不符合《中华人民共和国民法通则》第一百条关于“未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像”的规定。某服饰公司使用照片的行为还是构成侵权。

三、有关损失范围的计算问题

赔偿损失是侵犯肖像权的最主要民事责任。但究竟应如何计算损失，



是解决这类案件的一个难题。一方面无法计算侵犯肖像权的实际损失，另一方面法律也没有规定具体的计算方法。本案中，尽管某服饰公司有生产销售行为，但该行为究竟造成张某某多少损失难以计算。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第150条仅作了以下原则规定，受害人要求赔偿损失的，"人民法院可以根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、后果和影响确定其赔偿责任"。最终，法院在综合考虑了侵权产品的产量、销售范围、肖像权人的影响力等各种因素后酌定70万元的赔偿数额。

四、律师隐瞒身份且未征得证人同意情况下获取的录音证据不具有证明力

原告对于其主张的800万元赔偿金提供了系列证据，其中一份关键证据是原告律师以客户身份借洽谈生意之名与被告某经理的现场录音，录音中被告某经理出于营销策略考虑将被告产品的销量、销售区域等内容进行了扩大陈述。原告欲以录音内容来证明被告侵权行为的违法所得。对该电话录音，被告律师提出如下异议。(1)合法性有异议。①原告代理人取证手段不合法。《民事诉讼法》赋予代理律师向有关单位和个人调查的权利。但前提是"经有关单位和个人同意"。《中华人民共和国律师法》第三十一条规定"律师承办法律事务，经有关单位或者个人同意，可以向他们调查情况"。因此律师取证，首先要向被调查人告知律师身份，其次是调查意图，只有这样被调查人才能作出同意与否的判定。原告提供的录音证据系身为律师的原告代理人制作的，但是原告代理人不仅没有告知律师身份和调查意图，反而谎称是准备加盟的商业客户，恶意误导对方。原告代理人非法取得的证据不能作为定案依据。②被告某经理被授权与所谓的客户洽谈商务，没有授权洽谈法务。原告代理人以客户身份要求洽谈合作事宜，因此被告公司派某经理与原告代理人洽谈。有关原被告之间的肖像权纠纷事宜，被告某经理既不知情，也未受公司授权处理。(2)真实性有异议。被告某经理出于商业之目的，运用谈判技巧，对与本案有关内容因其不知情，只能根据其主观臆断，没能作客观陈述。录音中有关使用张某某剧照的价格、请庾澄庆作形象代言人的价格及有关公司的生产能力等陈述并不客观。(3)对证明目的有异议。该录音资料不能证明原告之证明目的。最终法院采纳了被告方对录音证据的质证意见。

PDG

外贸出口代理国内当事人法律关系与责任的确定

——两工厂诉某公司外贸代理合同纠纷案评析

虞军红*

案情简介

2002—2003 年期间,外贸个体户甲某通过香港某公司承接了金额为 50 万美元左右的服装订单。甲方通过与杭州乙进出口公司签订出口代理协议的方式,委托乙公司代理甲方将货物出口至国外。而在国内的服装生产环节,甲方通过自己以及雇佣的人员将 50 万美元的订单交由大约 8－10 家生产工厂进行生产。

在众多的生产厂家中,A 工厂共计为甲某生产了价值人民币 34 万元左右的服装,B 工厂为甲某生产了价值约为人民币 53 万元的货物。货物通过乙公司代理出口后,甲某共计从国外客户收到款项约为人民币 200 万元。甲某通过乙公司将上述款项分给了各个生产厂家,但由于国外客户没有将全款汇入,导致各个生产厂家均没有收到足额货款。2005 年,A 工厂、B 工厂以开具给乙公司的增值税发票、乙公司支付款项的凭证、税务部门出具的增值税已经申报退税等证据在法院对乙公司提起诉讼,诉讼请求为要求乙公司支付剩余货款,诉讼的事实和理由为乙公司与工厂之间存在买卖合同关系,乙公司是买卖合同关系的买家,应当支付相应的货款。

此后,又有四家生产工厂先后向乙公司所在地人民法院提起诉讼。

争议焦点

上述两个案件以及其他四家生产工厂提起诉讼的案件,其争议的焦点是 A 工厂、B 工厂与乙公司之间是否存在买卖合同关系,乙公司是否需要向

---

* 虞军红:男,毕业于北京大学政治学与行政管理学系,2005 年获得浙江大学法律硕士学位,主要业务领域为外贸、国际投资,建筑和房地产业,国际货物运输,专职律师。

A工厂、B工厂承担支付货款的责任。

从上述争议焦点可以延伸为以下几个方面的问题:在涉及外贸出口代理合同的纠纷中:(1)在委托方(本案中的甲某)未向第三人(本案中的A工厂、B工厂)告知受托人(本案中的乙公司)情况下,第三人是否可以直接要求受托人承担买卖合同责任?(2)受托人乙公司是否可以直接以应当由委托人甲某承担责任为由,拒绝承担付款责任?(3)存在受托人乙公司、委托人甲某、第三人A工厂和B工厂的情况下,如何根据现有证据确定各方之间的法律关系?(4)增值税发票在证明是否存在合同关系问题上的证明力如何?其他证据是否可以对抗增值税发票的证明效力?

审理判决

某基层人民法院在开庭审理A工厂、B工厂分别起诉乙公司买卖合同(加工合同)纠纷案件后,均作出驳回原告即A工厂、B工厂诉讼请求的判决。其主要理由是A工厂、B工厂尽管提供了增值税发票,且乙公司也已经将增值税发票用于抵扣和出口退税,但是乙公司提供的包括甲某的验货报告,甲某出具的证人证言,甲某在业务过程中与A工厂、B工厂的联系函件等证据,足以说明A工厂、B工厂并非与乙公司之间存在买卖合同或者加工合同关系,A工厂、B工厂应当向甲某主张权利。

一审判决后,A工厂、B工厂均不服一审判决,向当地中级人民法院提起上诉。二审法院由两个不同的合议庭分别对两个上诉案件进行审理。经二审法院审理后,A工厂与乙公司的案件,二审法院作出了撤销一审判决,改判乙公司支付货款的判决。该二审判决的主要理由是A工厂开具的增值税发票已经由乙公司收取,且乙公司已经用于抵扣和退税,因此双方之间的买卖合同关系依法成立,乙公司理应承担支付货款的责任。B工厂与乙公司的案件,二审法院作出了驳回上诉,维持原判的判决。该二审判决的重要理由是增值税发票的开具、抵扣与退税只是外贸出口代理中的操作惯例,并不能说明B工厂与乙公司之间存在买卖合同关系,而乙公司提供的证据说明其只是代理人的身份,且货物的生产、交付等过程均未参与,因此乙公司无需承担付款责任。

经典评析

就基本相同的两个事实,同一法院作出了截然不同的两种判决结果。这一方面与我国没有实现判例法制度有关,另一方面说明了外贸代理制目前所面临的尴尬困境:在存在第三方中间人的情况下,如何确定外贸出口代

理纠纷中的当事人之间的法律关系以及法律责任的承担;法院在审理此类案件中对不同的证据特别是对增值税发票与其他证据相矛盾时,如何对证据进行认定?

一、现行外贸进出口机制是上述问题存在的客观原因

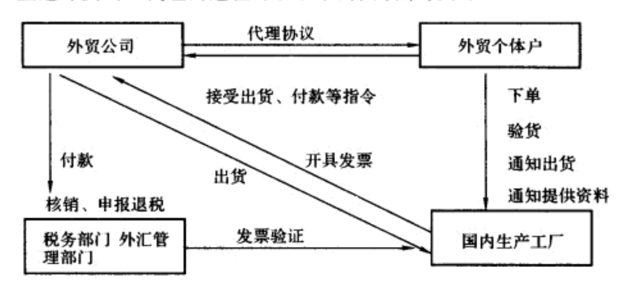
1991 年外经贸部颁发的《外贸代理制暂行规定》和修改前的《中华人民共和国对外贸易法》是构成目前外贸代理制的基本法律和法规,根据上述规定,在我国境内没有取得进出口经营权的企业在进出口业务中应当委托具有进出口经营权的专业外贸公司从事该活动,由此开始了外贸代理形式。自 1998 年开始的国有外贸企业改制后,许多原先在外贸企业中从事外贸工作的业务员纷纷离开外贸公司,形成通常所说的“外贸个体户”群体,这部分人反过来通过与外贸公司签订联合出口协议、合作协议或者代理协议的方式将外贸业务通过改制后的外贸公司代理出口。目前,许多外贸公司的主要出口业务还是基于为“外贸个体户”代理出口,从中收取一定比例的费用。因此,从单纯的事实关系而言,外贸公司是接受外贸个体户的委托,将货物出口至国外,在外贸公司与外贸个体户之间形成委托代理出口法律关系。

但是,这些外贸个体户本身并没有直接生产出口商品的能力,而是将生产出口商品的工作又重新交给国内的生产工厂。由于出口环节的工作全部以外贸公司的名义完成,因此,在国内生产工厂完成生产后,外贸个体户往往只是通知国内生产工厂直接将货物交给外贸公司指定的港口或者机场仓库(往往是具有运输代理资质的货代企业)而不是交付给外贸个体户,而向仓库或者货代企业订舱出运的也是外贸公司,因此从证据表面所显示的内容而言,国内生产工厂是向外贸公司而非向外贸个体户交付货物。

此外,现行的外贸进出口机制中退税体制与国内生产工厂也是不可分割的。1991 年《外贸代理制暂行规定》颁布后,对于代理业务允许在外贸公司一个口径退税。此后,由于代理出口业务骗取出口退税个案的增多,国家税务总局要求代理出口业务的退税在货物生产工厂完成退税,并且不允许贸易公司或者个人开具增值税发票进行退税。而且近年来该政策在执行上有不断严格的趋势。2005 年年底 - 2006 年初国家税务总局、商务部先后颁布了两个整顿出口经营秩序的文件,其重点就是规范出口退税,坚决杜绝外贸公司代理出口业务的退税行为。为避免退税问题上的风险,外贸个体户往往要求国内生产工厂直接将增值税发票开具给外贸公司,并由外贸公司申报退税。而外贸公司要向税务部门申报退税,依据税务总局的规定,除了

提供国内生产工厂提交的增值税发票外，还需要在外贸公司存有与开具增值税发票工厂签订的买卖合同(或者加工合同、来料加工合同等)、运输单据等相关资料备档，以便税务部门在稽查时查询。而外贸公司为了避免由于时间上的延误导致退税不能的结果的发生，往往采用"滚动核销和退税"的方式进行退税，即不是按照出口货物与外汇一一对应的方式，而是将不同的外汇收入混同进行核销与退税，这样，就产生了尽管外贸公司实际没有收到外汇，但是外贸公司还是办理了外汇的核销和退税工作。

上述外贸出口代理的过程可以以下的图表来表示：



从上述内容我们不难发现，外贸个体户起到了一个承前启后的作用。在上述外贸出口代理过程中存在几个关系：一是外贸公司与外贸个体户之间的委托代理出口关系；二是外贸个体户与国内生产工厂之间的买卖合同或者加工合同关系；三是外贸公司与国内生产工厂之间收货、开具发票及付款关系；四是外汇管理部门、税务部门与外贸公司之间外汇核销、退税的行政关系。

正是因为存在上述众多的关系，并涉及前述各种协议和文件，因此一旦外贸个体户的国外客户因各种原因拒绝支付货款以后，外贸公司、外贸个体户以及国内生产工厂之间就会因为由谁承担国外客户未付款产生的损失发生争议。由于国内生产工厂往往没有收到预付款，因此该损失首先是由国内生产工厂垫付。而国内生产工厂在衡量外贸个体户与外贸公司的偿付能力后，往往将外贸公司作为被告向法院提起诉讼，并将交货凭证(或者出口报关单)、外贸公司收到的增值税发票、外贸公司因退税需要而与国内生产工厂签订的合同等作为起诉的证据材料。从而形成了本文开头所提出的诉讼。

二、此类诉讼案件的现状

通过对笔者担任法律顾问的五家外贸公司的此类诉讼案件的统计，笔者发现在 2000 年以前，外贸公司在遇到此类诉讼案件时，几乎所有的一、二审法院均判决外贸公司承担对国内生产工厂的付款责任，但是一个值得注意的问题是在 2000 年以前，外贸公司遭遇此类诉讼案件不多，一般外贸公司每年此类诉讼案件不超过 2－3 件。

而在 2000 年以后，此类诉讼案件在各个外贸公司呈快速上升趋势，笔者在各级法院民二庭所了解的信息也是法院受理此类案件的大幅增加。而且在各级法院受理的此类诉讼案件中，外贸公司胜诉和国内生产工厂胜诉的比例各占 50％左右。

除此之外，近几年还有一个现象也是值得关注的。许多国内生产工厂在出货且没有收到货款后，首先向外贸个体户以及外贸企业要求付款，在这个过程中，外贸企业往往以外贸个体户不是外贸公司的员工，外贸公司只是接受外贸个体户的委托代理出口货物为由，拒绝承担任何责任。在这种情况下，国内生产工厂以外贸个体户涉嫌利用合同诈骗为由向当地公安机关报案，要求立案侦查。而公安机关经初步调查后，一般均作出外贸个体户不构成诈骗的决定。国内生产工厂则重新以外贸公司为被告(或者以外贸个体户和外贸公司为共同被告)向法院提起诉讼。

三、正确确认国内三方当事人之间的法律关系并据此确定责任的承担

2000 年以后，不同法院对于出口代理业务中外贸公司、外贸个体户以及国内生产工厂之间法律关系存在不同的理解，同时由于个案中当事人举证所证明的程度不同，导致了司法界对不同的当事人所涉及的基本相同的个案作出了截然不同的判决结果。这除了与当事人、法官对案件事实的理解不一致外，还有一个重要的原因是对 1999 年 10 月 1 日起实施的《中华人民共和国合同法》第二十一章委托合同中第四百零二条、第四百零三条的理解不同。

从外贸业务操作的客观事实来看，除了部分业务外贸公司存在转移收汇风险的行为外，外贸公司确实处于一种为外贸个体户代理出口的代理人的地位，在国外客户未能支付款项的情况下不应当承担向国内生产工厂支付货款的责任。向国内生产工厂支付货款的责任应当由外贸个体户自行承担。但是正如本文前面所述，由于代理出口业务中涉及多种关系，而且不同

的关系中可能出现的法律文本如合同可能是矛盾的。因此,在处理此类案件中,必须结合《中华人民共和国合同法》的规定对相关的事实和证据作出一个明确的界定,从而分清当事人之间的责任。

1.要区分行政关系与民事关系

笔者注意到,在法院判决由外贸公司承担向国内生产工厂支付货款责任的案件中,法院的一个基本理由均是外贸公司收取了国内生产工厂的增值税发票,并且将该发票用于外贸公司账面抵扣并申报退税。基于收到发票并申报退税的事实,法院认为依据《中华人民共和国增值税管理条例》的规定,增值税发票表明国内生产工厂已经提供了应税货物或者应税劳务,而外贸公司的抵扣或者申报退税的行为则说明外贸公司认可了国内生产工厂提供的应税货物或者应税劳务,因此应当承担支付货款或者加工费的责任(对于这一点,浙江省高级人民法院的审判会议纪要也予以明确"增值税发票可以作为当事人之间具有合同关系的初步证据")。而且法院往往引用对于出口代理业务,外贸公司无权申报退税的规定进一步说明外贸公司与国内生产工厂之间存在直接的买卖合同关系或者加工合同关系。

上述观点单纯从增值税发票的角度出发,无疑是正确的。但是,在外贸出口业务中,由于增值税发票存在退税的功能,同时税务总局又不允许代理业务在外贸公司直接申报退税,从而导致了在外贸出口代理业务中,增值税发票由国内生产工厂直接开具给外贸公司的现象,实际上存在一个国内生产工厂、外贸公司、外贸个体户逃避税务监管,以达到在外贸公司直接申报退税目的的共同故意。这个共同故意的逃避监管的行为,事后却成为国内生产工厂要求外贸公司支付货款的依据,显然有失公平。

作为外贸公司收取国内生产工厂的增值税发票,直接向税务部门申报退税,逃避税务部门的监管,只能承担相应的行政责任即接受税务部门作出的返还退税款、交纳罚款等处理决定。但是退税行为并不意味着外贸公司因此要承担与国内生产工厂之间的民事责任。换而言之,外贸公司与税务部门的抵扣或者退税行政关系并不能必然地产生外贸公司与国内生产工厂之间的民事付款关系。如果外贸公司退税是违法的,应当承担违法的行政甚至刑事责任。而国内生产工厂与外贸公司之间是否存在买卖合同(或者其他合同)关系不能因为存在外汇核销或者退税行政关系的确认而得到证明,因为这种外汇核销或者退税本身是由外贸公司、外贸个体户、国内生产工厂三方之间共同故意形成的一个违法行为(根据国家外汇管理局、国家税务总局2005年9月发布的规定,这种行为在外汇没有收到但没有超过一定

期限时，允许发生。一旦超过期限外汇仍没有收到，外贸企业应当向外汇管理部门作出说明，并向税务部门返还税款，否则就构成违法行为)。

因此，确认外贸公司与国内生产工厂之间是否存在买卖合同关系或者加工合同关系，不能简单地从外汇核销或者退税的行政关系中得到结论，二者之间在出口代理业务中并没有必然的联系。

2.正确分辨并采纳出口代理中的书面资料作为案件的证据。

出口代理业务中，如果最后因国外客户原因未能支付货款，国内生产工厂起诉外贸公司后，在法院的审理过程中往往会出现以下几个方面的文件：

外贸个体户与国内生产工厂之间有关下单的资料(或者合同，但是一般不会有合同。如果有，往往是用外贸公司合同的复印件签订的)，在生产过程中的有关传真、外贸个体户出具的验货报告、送货资料(包括时间、地址、联系人等)。

外贸个体户与外贸公司之间代理协议(名称可能是联合出口协议、合作协议，但是在内容上明确双方为代理出口关系，一般这种协议不会针对某一单货物签订，而是签订一个年度合同，即外贸个体户在一年内的出口业务均委托外贸公司代理出口)、针对某一单货物的出口资料(托运单、海运提单、出口报关单、有关货代资料、信用证等)。

外贸公司与国内生产工厂之间的买卖合同或者加工合同(该合同一般用于商检和退税，有时会在合同中注明仅供商检和开具增值税发票)、增值税发票、交货凭证和付款凭证。

由税务部门出具的外贸公司已经将增值税发票予以抵扣或者申报退税的证明。

在国内，生产工厂向法院对外贸公司提起诉讼后，双方均会将对己方有利的资料向法院提交作为证据，因此法院通常可以看到上述的全部文件。因此法院如何认定上述资料就成为国内生产工厂和外贸公司之间谁胜诉的关键问题。

同样，如果从单个证据的证明效力来说，大多数法院都会倾向于采纳国内生产工厂提供的合同、增值税发票以及交货凭证，并结合税务部门出具的外贸公司已抵扣或申报退税的证明，从而判决外贸公司承担付款责任。这种证据的采纳方式和判决结果重视的是出口代理业务的结果而不是过程，从而忽视了外贸个体户在过程中特别是在下单时的作用。由于国内生产工厂开具的增值税发票中所列的应税货物或应税劳务，并非是应外贸公司的要求而是根据外贸个体户的指令生产和提供的。因此，我们不难发现如果

我们不去考虑该货物由外贸公司实际出口的结果,从下单到验货到完成生产,国内生产工厂完全是按照外贸个体户的要求操作的。

从合同关系是否存在或者成立的结果的角度而言,不能简单地以增值税发票的开具对象认定为合同的当事人,而应该以合同在履行过程中的对象为合同的当事人。这就相当于某个消费者从商店购买大件商品后,送货或者开票行为均由生产该商品的工厂完成,但并不能说消费者是从工厂购买了该商品,与消费者建立买卖关系的仍然是商店。因此,在采纳上述证据材料时,同样应当审查证据材料是在何种情况下形成的,并据此确定当事人之间的法律关系。这在浙江省高级人民法院的审判会议纪要中也有所反映。在上述会议纪要中提到,增值税发票可以作为初步证据,但是有相反证据证明的除外。

事实上,如果考察外贸出口代理过程的整个过程,就可以发现国内生产工厂就货物的生产和交付均是与外贸个体户之间进行联系的,外贸公司并未涉及其中。

3.正确适用《中华人民共和国合同法》第402、403条的规定,以此作为认定当事人法律关系的基本依据。

《中华人民共和国民法通则》并没有规定关于隐名代理的问题,因此在《中华人民共和国合同法》实施之前外贸代理制的责任完全由委托人承担。《中华人民共和国合同法》实施以后,由于已经明确规定了隐名代理中委托人与受托人的责任承担,因此在外贸出口代理中同样应当适用该规定。

依据《中华人民共和国合同法》第403条的规定,在隐名代理中第三人既可以向委托人主张权利,也可以向受托人主张权利,但是第三人不得变更选定的相对人。同时依据《中华人民共和国合同法》的规定,第三人从一开始就知道委托人和受托人身份的,第三人应当向委托人直接主张权利。

但是出口代理纠纷形成后,国内生产工厂不论在何种情形下均直接起诉外贸公司,要求外贸公司承担付款责任。针对这种情况,除了上述列明的两种情形以外还应当注意以下问题:

首先应当审查外贸个体户向国内生产工厂的下单过程中是否存在外贸个体户以外贸公司的名义进行的情形。如果是以外贸公司的名义下单的,则存在隐名代理的问题。外贸公司是否需要承担付款责任依赖于国内生产工厂是否已经向外贸个体户主张过权利。

其次要审查国内生产工厂在接单时是否知道外贸个体户并非外贸公司的业务员。在国内生产工厂接单时就明确知道外贸个体户并非外贸公司的

业务员的情况下，无论后续结果如何(包括国内生产工厂与外贸公司签订合同、开具增值税发票等)，均应当认定国内生产工厂明知与外贸个体户发生买卖关系，不能要求外贸公司承担付款责任。如国内生产工厂在没有收到货款时向公安机关以外贸个体户涉嫌诈骗报案，公安机关不立案后国内生产工厂又向法院对外贸公司提起诉讼的，就属于这种情形。

四、结束语

外贸出口代理业务中，由于涉及的当事人较多，而退税、报关等环节政策性又较强，往往导致在认定法律关系和确定法律责任上出现错误。笔者认为应当结合我国现行进出口贸易的机制和整个业务发生的全过程，综合考虑各方面的文件和资料，才能正确区分外贸公司、外贸个体户和国内生产工厂之间的法律关系和责任，从而既保护当事人的合法权益，又维护国家的正常经营秩序。

PDG

下班途中莫名死亡，是否构成工伤

——胡某某诉某制衣厂劳动纠纷案评析

张晟杰　李　明*

案情简介

1998 年 11 月 21 日 21 时许，原告胡某、高某之女胡××骑自行车从被告杭州××制衣有限公司下班回家，后被人发现在途经丰东村内直道至丰东村村委 30 米处的乡村公路上因脑部受创而死亡。事发后，有关部门虽然进行了调查，但未能确定造成胡××死亡的真实原因。交警部门推测这是一起交通事故，肇事车辆逃逸，但未查获肇事车辆以及相应的肇事责任人。

2005 年 12 月 21 日，萧山交通巡逻(特)警察大队作出道路交通事故认定书，认定逃逸的当事人负事故全责，胡××无过错行为，对事故不负责任。

2005 年 12 月 26 日，萧山劳动和社会保障局作出工伤认定申请不予受理通知书，理由是事故伤害发生之日或被诊断鉴定为职业病之日到申请工伤认定时间已超出一年时效。

2005 年 12 月 28 日，萧山区劳动争议仲裁委员会作出不予受理通知书，理由是因为胡××无工伤认定，原告要求被告落实工伤待遇，依据不足。

2005年 12 月 29 日，原告向法院起诉，要求被告支付伤葬补助金 9344.5元，一次性工伤补助金 112134 元，供养亲属抚恤金 224268 元，共计 345746.5 元，并承担诉讼费用。

---

* 张晟杰　李　明：男，系专职律师。

争议焦点

一、胡××是否死于交通事故

原告认为胡××死于交通事故，理由是根据交警的事故认定书，这是一起交通事故。

被告认为胡××的死亡，究竟属于交通事故还是其他刑事案件，目前不能草率地定论。本案存在着很多疑点。目前既没有查清肇事车辆，也没有找到肇事司机，更没有目击证人，交警部门何以断定本案就是交通事故？何以认定交通肇事人逃逸？又何以认定胡××的死亡由逃逸的当事人负事故全责？根据目前的情况，不排除胡××的死亡还有其他刑事犯罪的可能。在查清胡××的死亡原因之前，无法确定其死亡原因就是交通事故。

二、本案是否适用《道路交通安全法》

原告认为《道路交通安全法》对本案适用。理由是交警部门已对事故进行了认定，这是一起交通事故，肇事司机逃逸，由逃逸的当事人负事故全责。

被告认为本案不适用《道路交通安全法》。理由是：

《道路交通安全法》是一部规范道路行人和机动车驾驶人之间关系、规范道路交通管理机关工作人员行为、明确道路交通管理机关服务内容的法律。其所指的道路不是通常意义上的道路，而是有特定的含义。《道路交通安全法》第119条规定："道路"，是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。本案中，根据原告提供的道路交通事故认定书，胡××死亡的地点是宁围镇丰东村直路村委以南30米处，即胡××死亡的地点是在村道上，而不是《道路交通安全法》所指的"道路"上，因此，不适用《道路交通安全法》。交警部门对于发生在"村道"上的工伤事故无权管辖，依法应由公安机关的派出机构派出所或治安、刑侦部门作出结论，其性质如非故意杀人或伤害，也应为过失致人死亡，而非一般交通事故。

三、本案是适用《企业职工工伤保险试行办法》还是适用《工伤保险条例》

原告认为胡××死亡的时间虽然是在1998年11月21日，但是关于其死亡是否构成工伤，没有作出认定，因此，应适用《工伤保险条例》。被告认为本案应适用《企业职工工伤保险试行办法》。理由是：

法不溯及既往,是法治的一项基本原则,是指新法律只对颁布生效后的事件和行为具有效力,对此之前的事件和行为则无效。胡××死亡的时间是在1998年11月21日,原告要认定工伤的,应适用当时的法律,即《企业职工工伤保险试行办法》。《工伤保险条例》于2004年1月1日起开始实施,根据法不溯及既往的原则,《工伤保险条例》对本案不适用。

四、原告提出的工伤认定和赔偿是否超过诉讼时效

原告认为由于交通事故认定书是在2005年12月21日才作出,原告在12月28日向法院提起诉讼,没有超过诉讼时效。被告认为原告提出的工伤认定和赔偿已超过诉讼时效。理由是:

《企业职工工伤保险试行办法》第10条规定:"工伤职工或其亲属应当自工伤事故发生之日或者职业病确诊之日起十五日内向当地劳动行政部门提出工伤保险待遇申请。遇有特殊情况,申请期限可以延长至三十日。"本案中,胡××的死亡时间是在1998年11月21日,根据上述规定,原告要进行工伤认定的,最迟应在1998年12月21日前提出,即使按新的《工伤保险条例》也应于一年内提出,即最迟不得迟于1999年11月21日,但原告至2005年12月才提起工伤认定,早已远远超过了法律规定的时效。

五、胡××之死是否构成工伤

原告认为胡××在下班后回家的途中遭遇车祸死亡,其死亡构成工伤。被告认为,原告认为胡××之死构成工伤,缺乏事实和法律依据。理由是:

1.原告主张胡××之死构成工伤,缺乏证据证明,萧山区劳动和社会保障局已就原告所主张的观点予以答复,认为因超出诉讼时效而不予受理,未作工伤认定。

2.根据《企业职工工伤保险试行办法》第8条的规定,职工在上下班的规定时间和必经路线上,发生无本人责任或者非本人主要责任的道路交通机动车事故的,应当认定为工伤。也就是说,只有在上下班途中,发生道路交通机动车事故的,才是工伤,受到其他伤害的,不是工伤。本案中,胡××死亡的地点是在村道上,而不是《道路交通安全法》所指的"道路"上,不能认定是受到道路交通机动车事故的伤害,而是其他伤害。因此,胡××的死亡不是工伤。

3.本案中胡××的死亡,根据目前的情况,不排除还有其他刑事犯罪致害的可能。在查清胡××的死亡原因之前,无法确定其死亡原因就是交通

事故。因此,胡××的死亡不是工伤。

六、原告主张工伤赔偿是否要经过工伤认定程序

被告认为进行工伤认定是主张工伤赔偿的必经程序。理由是:

《工伤认定办法》第2条规定"劳动保障行政部门进行工伤认定按照本办法执行"、第15条规定"劳动保障行政部门应当自受理工伤认定申请之日起60日内作出工伤认定决定。认定决定包括工伤或视同工伤的认定决定和不属于工伤或不视同工伤的认定决定"、第19条规定"职工或者其直系亲属、用人单位对不予受理决定不服或者对工伤认定决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼"。根据上述规定,在我国,进行工伤认定是劳动行政部门的职权,只有进行了工伤认定,才能确定劳动者所受的伤害是否工伤,只有在确定是工伤的情况下,才能依据工伤保险条例进行工伤赔偿。因此,劳动者要主张工伤赔偿,应先进行工伤认定。对工伤认定不服,可提起行政复议或行政诉讼。进行工伤认定是主张工伤赔偿的必经程序。

七、原告索赔的金额是否正确

被告认为原告索赔的金额有误,具体为:(1)一次性工亡补助金应当是93445元。(2)原告无权主张供养亲属抚恤金。根据《因工死亡职工供养亲属范围规定》第3条的规定,可申请供养亲属抚恤金的条件之一是工亡职工父母男年满60周岁,女年满55周岁。本案中,两原告均不符合该条件,无权主张供养亲属抚恤金。

审理判决

经过法院调解,被告自愿补偿原告人民币7万元,原告自愿放弃其余诉讼请求。

经典评析

本案中,胡××下班途中莫名死亡,但肇事人至今没有找到,交警部门也只能推测其死于交通事故,这就给本案的处理带来困难。

在理论上,人们将"工伤"界定为因工作原因受到的伤害,也称为职业伤害,是指劳动者在生产、劳动过程中,因工作、执行职务行为或从事与生产劳动有关的活动,发生意外事故而受到的伤、残、亡或患职业性疾病。实践中,人们进一步把"工伤"简化为"在工作时间、因工作受到伤害",强调的是"因工作"受到伤害。

根据《企业职工工伤保险试行办法》、《工伤保险条例》的规定，职工在上下班途中，发生机动车事故死亡，可认定工伤。但是，是否工伤，应先由劳动部门进行工伤认定，然后才能落实工伤待遇。

在我国，认定工伤是劳动部门的职权，而不是法院的职权，只有进行了工伤认定，才能谈到落实工伤待遇的问题。劳动争议仲裁委员会对原告提出的工作待遇劳动争议申请不予受理，理由也是因胡××无工伤认定。本案的特殊性就在于肇事人至今没有找到。原告在事故发生后，一直要求交警部门找到肇事人，而肇事人又至今没有找到，原告在此时间内没有向劳动部门申请工伤认定，因此，应该讲，原告错过了工伤认定的期限。也正因为如此，在原告向劳动部门申请工伤认定时，劳动部门才出具对其工伤认定的申请因为已超过时效而不予受理的通知书。从法律上讲，原告对劳动部门出具的不予受理通知书不服，向法院起诉的，应该是行政诉讼，而不是民事诉讼，因为它针对的是不予受理的这个具体行政行为。对于原告而言，及时进行工伤认定，才是符合法律规定的首选之道。本案也给广大劳动者提了一个醒，在发生工伤事故后，要及时进行工伤认定，切莫错过法定期限。

是个人行为，还是职务行为？

——百人状告浙江大学集资纠纷案

郑金都*

案情简介

1992年10月4日和1992年12月30日，被告浙江大学下属单位——浙江大学力学系工会委员会及浙江大学流体工程研究所分别在浙江大学校区内张贴"集资启事"，面向浙江大学全校教职工和家属进行集资，年利率分别为15%和15.5%。分别声称"资金使用经第三方调研评估确认可行"和"已委托民事法律问题专家对借贷人资信状况、担保人财产的可靠性和法律有效性进行了认真调研、咨询和审查，认为借贷人投资方向正确，担保及还贷可靠"。因而得到原告贾吉柱等129位教职工及家属的信任并分别向其出借缴款，获其收据为凭证。一年到期后其仍继续吸收原告的本金、本息一并转存或新资金存入，如此一年复一年，一直到1997年底，原告借给被告下属单位本金合计人民币4512230元。1999年原告要求被告返还款项及利息遭拒绝，委托浙江六和律师事务所郑金都等律师向杭州市中级人民法院起诉。

原告诉称：被告下属单位在集资期间，1992年10月始至1992年12月止出具给原告的收据上面加盖的是"浙江大学力学系工会委员会"的印章；1992年12月至1995年6月起换盖的是"浙江大学流体工程研究所"的印章；1995年6月起又换盖"浙江大学流体工程研究所工会福利基金会"的印章。尽管出具收据上加盖的印章承前继后换过两次，但均属被告单位的连贯行为。且被告在此期间，没有根据国家有关文件采取终止集资和清盘的措施，致使集资过程一直延续长达五年之久，给原告造成了巨大损失，故被

---

* 郑金都：男，杭州大学（现浙江大学）法学学士，中国政法大学法学硕士，美国密苏里大学法学院访问学者。专业领域主要为金融、保险、涉外等。

告应承担集资这一连贯行为的民事责任。

被告辩称：力学系工会及流体所确在1992年10月、12月，在校内张贴过“集资启事”，期限为一年，但自1993年4月18日，其已发布《转发〈中国人民银行对北京长城机电产业集团公司及其子公司乱集资问题的通报〉的通知》，后即停止一切集资活动，并已清退一切集资款项。原告所述集资活动系原力学系职工魏某某私刻图章，以流体所工会职工福利基金会(以下简称“流体所基金会”)名义所为，浙江大学从未设立过图章所示机构，故非法集资系魏某某本人行为，与浙江大学无干系。且力学系集资活动发生在1992年、1993年，期限均已届满，原告集资活动发生在1997年，不具有同一性。另外，原告均为浙江大学教职工，长期在浙大工作、生活，应清楚知道浙江大学并无“流体所基金会”这一组织，校内多次传达制止非法集资活动的各种通知，原告应知道集资非浙江大学行为，原告在他人高额利润的诱导下，不顾学校三令五申，为蝇头小利而冒风险，若由浙江大学承担无异使原告因自己的过错行为而获利，既不合法也不合理，请求法院依法驳回原告的诉讼请求。

争议焦点

1.集资行为是个人行为还是职务行为；

2.1992年至1997年期间的集资行为是否系连续行为；

3.本案责任和过错的认定问题。

审理判决

2000年5月25日，杭州市中级人民法院经审理认为，1992年10月起，力学系工会、流体所在全校范围内公开发布“集资启事”并由此开始收取原告集资款属实。力学系工会、流体所派魏某某负责集资工作，应对魏某某以单位名义收取、出借集资款的行为负责。浙江大学虽不是集资的主管人、批准人，也不是集资款的用钱人，但对校内集资活动的出现未及时明示禁止，应视为默认，且对下属部门集资款的收取、出借持放任态度，对此亦有过错。1995年3月，浙江大学发文禁止集资后，采取了一定的措施，力学系即通知魏某某停止使用公章继续集资。原告系浙江大学教职工及家属，对1993年至1995年浙江大学禁止集资的情况是知道和应该知道的，但未及时期满退出，为追求高额回报，一次又一次转资继续参加集资，尤其是1995年原告缴款时发现收据上的印章已改变，对一个陌生的集资主办单位，竟无一人去查问、证实，反而继续追加投资额，由此造成的损失，过错是明显的。1995年

浙江大学发文后,原集资负责人魏某某擅自使用刻制的虚构单位印章,继续从事集资并大量吸收集资款的行为,无证据证明是力学系工会、流体所或浙江大学授权,应属于其个人行为,这一行为是造成原告利益受损的直接原因。根据法律和金融法规的规定,本案集资行为因未经中国人民银行批准,属无效民事行为。根据《民法通则》的规定,民事行为被确定为无效后,当事人因该行为取得的财产应返还给受损的一方,有过错的应赔偿对方因此所受损失,双方都有过错的,应各自承担相应的责任。于是判令以浙江大学1995年3月浙大发办(1995)12号文件为届,对在此前原告投入的集资款本金,一年后未实际提取,以后又继续转投入至1997年的,由浙江大学对其下属部门的行为负资金返还责任,原告对自己过错造成的利息损失自行负责。驳回原告主张1995年3月以后的集资行为造成损失的诉讼请求。

一审判决后,双方当事人均不服,提起上诉。二审期间,双方当事人达成和解协议均撤回上诉。

经典评析

一、处理本案最关键、也即原被告争议最大的问题是1995年3月以后的集资行为,究竟是魏某某的个人行为还是经被上诉人授权的职务行为?

从法庭调查证明的事实和原、被告双方的辩论意见来看,1995年3月以前,魏某某作为集资的主要经办人之一,履行的是职务行为,对此应由被告承担民事责任,这是原、被告双方一致的共识,一审判决已予以认可,这是正确的,笔者在此不再论证。但对1995年3月以后新开出的集资收款收据上加盖"浙江大学流体工程研究所工会职工福利基金会"这颗方章,并且持续到1997年年底,对这一段期间的集资行为究竟是魏某某的职务行为,应该由浙江大学承担其内部下属部门浙江大学流体工程研究所的责任,还是魏某某的个人行为,应由魏某某个人承担全部责任呢?原、被告双方的意见互相对立。最后一审法院判决认定,此期间的集资行为属于魏某某的个人行为,应另行解决,从而驳回了原告的诉讼请求。

笔者认为,在1995年3月以后的集资收款收据上加盖"浙江大学流体工程研究所工会职工福利基金会"这个并不存在的组织的印章进行的集资行为,是浙江大学流体工程研究所自1993年1月进行集资行为的继续,它和流体所以前的集资行为构成一个完整的整体。魏某某作为集资的经办

人,仍然履行的是职务行为,而非个人行为。其理由如下:

第一,从"浙江大学流体工程研究所工会福利基金会"这枚印章的刻制过程和决定在集资收款收据上使用这一情况来看,流体所应当承担责任。

法庭调查显示,基金会这枚方章在 1994 年 7 月 4 日由魏某某持浙江大学流体工程研究所介绍信或证明到杭州碧云轩艺术印章公司刻制的。当然,当时刻制这枚方章并不是为了进行集资。1995 年 6 月,由于不能再加盖流体所公章,为了处理前面集资的遗留问题,经魏某某提议,流体所领导章本照、许学咨同意,决定启用基金会这枚方章来代替浙江大学流体工程研究所这枚公章。很明显,启用基金会这枚方章是流体所领导决定的,而不是魏某某个人的行为。

第二,基金会方章启用前,流体所既没有对自己以前的集资发布过停止公告,也没有对集资户返还集资,更没有向转存或参加的每个集资户加以说明,而是对以前的集资用一个并不存在的基金会的名义来转期更换收据,就认为是已清退集资,这对广大集资户无疑是一个骗局。因此,被告浙江大学把这一以基金会名义出具收款收据行为辩解为经办人魏某某个人的集资行为,由魏某某个人负责,这无论从法律上还是从情理上都是无法站住脚的。

第三,从基金会方章启用的原因和目的来看,这枚方章名下的集资也应当由流体所负责返还。

1995 年 3 月,浙江大学发布浙大发办(1995)12 号《关于不得在校内乱集资的紧急通知》。该通知规定:"凡未经学校审批和省市主管部门批准,任何单位一律不得在校内乱集资,违反此项规定者,学校将对主要负责人作出严肃处理。"在这种情况下,力学系、流体所领导不能也不敢再以流体所的名义进行集资开具收款收据,但流体所的集资由来已久,且集资借出去的款项暂时无法收回,当然也更谈不上向广大集资户返还集资。为了防止事态的扩大,妥善地处理集资遗留下来的问题,经流体所领导决定,启用基金会这颗方章来顶替流体所的公章来逐步处理已有的集资,用这颗方章或对原有的集资户转期开收据,或吸吐资金平衡周转,尽量压减参加集资的人数和资金规模,这是使用基金会方章的原因和目的。很明显,使用基金会方章出具集资收款收据是流体所以前集资行为的自然延续 。

第四,流体工程研究所不仅同意魏某某使用基金会的方章来处理 1995 年 6 月以前集资遗留下来的问题,而且在 1996 年 6 月 12 日还是像以前一样以 95—96 学年编制费的名义向魏某某收取集资收益 12000 元。可见在基金会方章名义下的集资,其受益的仍然是流体所,而魏某某个人却从未从

中取得利益。

第五,基金会这枚方章启用的内幕广大集资户是不知情的。但在力学系中,不仅领导清楚,广大教职工也清楚,有的系、所领导甚至在这枚方章的名下存过款或取走了集资款,大家都知道并承认它代表流体工程所的集资,谁也没有提出过异议。

综上所述,笔者认为,浙江大学流体工程研究所工会职工福利基金会这枚方章下的集资行为,就是浙江大学流体工程研究所集资行为。魏某某作为集资的经办人,仅是在履行其职务行为,而非个人行为。

二、本案的集资活动从 1992 年 10 月至 1997 年底共分三个阶段进行,实质上是一个连续的行为。理由为:

1.集资的目的。笔者认为 1995 年之前的集资目的是为了创收,这从浙大工(93)01 号文件被上诉人对魏某某的表彰中可以看出,魏某某因具体负责力学系工会的“集资创收”工作被评为 1991—1992 年工会先进集体和优秀工会积极分子。1995 年之后的集资目的则是借新债还旧债,这从 1995 年之后便没有对外贷款可以看出,由此可见,1995 年前后的集资行为存在内在联系。

2.集资的形式。1992 年至 1997 年,力学系的集资均由同一经办人在同一地点用同样的收据办理,每次办理均可兑付原集资款或者存入新集资款,期间,从未对原集资发布公告停止或清理。

3.集资的参与者。力学系、流体所的党政干部也有参与集资,即使在 1995 年之后,仍有领导在基金会方章之下存取款项,如果说 1995 年 3 月之后的集资是魏某某个人行为,那么他们作为领导的应当知道,就不应当参与,更不应当在此时取走以前在流体所名义下的集资款。

4.集资的公章使用。1992 年 10 月至 12 月,集资人出具的收据上的印章是“浙江大学力学系工会委员会”;1992 年 12 月至 1995 年 6 月出具的收据上的印章是“浙江大学流体力学工程研究所”;1995 年 6 月以后出具的收据上的印章是“浙江大学流体力学工程研究所工会职工福利基金会”,期间,印章历经两次改变,第一次改变后集资活动照常进行,存取款正常,且浙大力学系及流体所对印章的改变均没有对上诉人做过相应的解释,这完全有理由令上诉人相信第二次印章的改变也只是力学系内部行政上的调整所导致的,况且第二次改变后的印章全称并不陌生,仍刻有浙大流体所主办字样,而且印章改变之后也没有出现其他异常现象。而一审判决认为“1995

年原告缴款时发现收据上的印章已改变,对一个陌生的集资主办单位,竟无一人去查问、证实,反而追加投资额,由此造成了损失的扩大,过错是明显的"。本作者认为原审法院没有充分、全面考虑本案的事件背景而盲目做了推定,违背事实真相。

综上,笔者认为1995年前后的集资行为互为因果、密切联系,是个连贯的行为。

三、本案被告浙江大学应承担其内部下属部门引发的民事责任,且其本身亦存在一定的过错

1.浙江大学流体工程研究所不是法人,它是浙江大学内部下属的一个部门,它不能依法独立地承担民事责任。根据法人的最基本的原理,法人内部的业务活动机构或职能部门以自己的名义进行的民事活动,应当由法人来承担民事责任,除非能证明是个人的行为,因此本案浙江大学流体工程研究所应返还的集资款及赔偿损失的民事责任应当由被告浙江大学来承担。

2.被告浙江大学在本案中对浙江大学流体工程研究所的集资行为管理不严,存在一定的过错,应当对原告集资承担民事责任。这主要表现在:

第一,浙江大学流体工程研究所集资案时间跨度6年,期间,浙江大学流体工程研究所多次在公开场合发布集资公告和转期公告,对此,浙江大学领导对校内部门发生这样的集资行为应当是知道的,并且1993年4月8日和1995年3月2日两次发文各部门予以制止,但没有去检查、督促、落实和处理并对之加以清理偿还,而是做表面文章,下属各部门仍然自行其是、我行我素,继续进行集资。被告浙江大学因管理不严当然应对下属部门的集资负返还集资款的民事责任。

第二,被告浙江大学设立了浙江大学流体工程研究所这个部门,刻制了相应的部门公章,并把该公章交给流体工程研究所保管、使用,但没有规定该公章的使用规则,管理不严,从而使得流体工程研究所以这颗公章的名义对外进行民事活动,包括进行集资活动。对于流体工程研究所以自己名义进行的集资活动,被告浙江大学当然应承担因公章管理不严而产生的民事责任。

第三,被上诉人浙江大学对集资一事从鼓励、默认到放任,这种态度严重误导了广大集资户,且至今仍未对集资活动进行清理,理应对此承担相应的民事责任。

百人状告浙江大学集资纠纷案历时两年之久,最后双方当事人本着互

谅互让的精神达成和解，算是圆满解决了这场纠纷。但相信本案的发生，不仅给双方当事人带来了深刻的警醒和沉痛的教训，也促使案外的其他组织和个人深刻反思。前车之鉴，后车之覆，法人或其他组织应加强其内部管理，防止因内部机构或职工的职务行为行使不当承担民事责任；自然人也应深思熟虑，避免在鼓吹过高利益的诱导下盲目做出决策，因高利润的背后定会有高风险的发生。

一张涉外保单的效力之争

——某风力发电公司诉保险公司货物运输保险合同纠纷案评析

李根美*

案情简介

2001年11月29日，浙江省电力物资供应公司以自己的名义与德国De Wind AG公司签订合同号为01－ZDW－FD－001的购销合同，代理原告浙江某风力发电有限公司以FOB汉堡2523000美元的价格向De Wind AG公司购买6台600千瓦的风力发电设备。2002年6月原告在上述设备自德国起运前就01－ZDW－FD－001合同项下的风力发电设备向被告中国人民财产保险股份有限公司浙江省分公司投保货物运输险，6月29日被告签发以被告为被保险人的号码为PYCA200233160000ZI1535的保单，所载合同号为01－ZDW－HD－001，总保险金额2775300美元，保险期限为"自汉堡至温州某鹤顶山风电场"，承包险别为"由中国人民财产保险公司1981年1月1日海洋运输货物保险条款所规定的一切险；由中国人民财产保险公司1981年1月1日陆上运输货物保险条款(火车、汽车)所规定的陆运货物一切险"。原告于7月3日依约交纳了保费。上述设备自德国汉堡运抵我国温州后，原告委托浙江华业物流有限公司(以下简称"华业物流")从事陆上运输设备吊装。2002年10月2日，承保发电机组中编号为DB50247的风电机舱在某鹤顶山风电场停机坪驳运至安装地点途中由于载运车辆发生倾覆而受损。10月11日，原、被告及华业物流三方经协商达成"备忘录"，确定了"减少损失，及时修复"的方针，同意因"国内尚无能力修复"而由原告直接与De Wind AG公司联系交涉并向各方告知进展情况。原告根据"备忘录"于2003年2月9日将受损设备运德国修理，并在与De Wind AG

---

* 李根美：女，毕业于华东政法学院，专职律师。

公司就受损设备的检测、维修及其费用多番磋商后，于2004年6月18日由浙江省电力物资供应公司与De Wind AG公司正式签订合同号为1-ZDWE-FD-001的“关于机舱修理服务的补充协议”。原告根据保险合同向被告索赔修理费、外方人员参与调试的差旅费、运费、保险费、新增关税及增值税及二次进场安装费，被告对此存在异议拒绝赔偿。原告遂诉至宁波海事法院，请求法院判决被告赔偿其损失及施救费用。

争议焦点

本案属于典型的涉及国际货物买卖、运输合同的货物运输保险合同纠纷，原、被告双方起诉至法院后，辩论、质证的焦点也体现出了纠纷的性质。

1.原告对于保险标的，即01-ZDW-FD-001购销合同项下的风力发电设备是否具有保险利益的问题。保险利益原则是保险法的基本原则，本案中的海运货物保险纠纷当然也要受其约束。根据我国《保险法》第十二条规定：“投保人对保险标的应当具有保险利益”，“投保人对保险标的不具有保险利益的，保险合同无效”。因此本案中原告对于受损设备有无保险利益直接决定着原、被告之间号码为PYCA200233160000Z11535保单之效力，因而也直接决定着本案的最终结果。根据《保险法》，“保险利益是指投保人对保险标的具有的法律上承认的利益”。针对原告的诉讼请求，被告辩称“涉案风电设备系由浙江省电力物资供应公司购买，原告作为被保险人对该设备无可保利益”，因此原、被告之间的保险合同关系无效，原告也就无权要求被告根据保单承担保险赔偿责任。原告则认为本案保险标的系其向De Wind AG公司购买，浙江省电力物资供应公司只是代理其与De Wind AG公司签订合同而已，其提供的证据《风力发电设备购销合同》(合同号：01-ZDW-FD-001)也表明该风电设备，即保险标的的用户是原告。因此对原告对于保险标的是否具有保险利益这个决定保单效力进而直接关系本案诉讼结果的先决问题，原、被告各执己见。

2.编号为DB50247的风电机舱在鹤顶山风电场由停机坪运往安装地点途中发生倾覆而导致受损是否发生于被告承担保险责任的保险期限问题。保险期限是保险人根据保险合同承担保险责任的时段，在保险期限内发生保险事故导致被保险人遭受损失的，则保险人应承担赔偿责任；反之保险人则无需承担责任。因此本案中受损设备发生倾覆是否在保险期限内是决定被告是否承担赔偿责任的关键。海运货物保险合同中对于保险期限的约定一般采取“仓至仓”条款，并且根据所采取的决定价格的具体贸易术语

等具体情况而有所不同。本案中,保单对此的约定是“自汉堡至温州鹤顶山风电场”。原告认为受损设备倾覆发生在其运往某鹤顶山风电场的运输途中,因此当然是在保险期限内。被告则认为事故发生在场内安装运输阶段,不在保险人承保的责任期间。原、被告双方对于设备由鹤顶山风电场停机坪运往安装地点这段时间是否属于保单约定的保险期限内,即所谓的保险期限“至温州鹤顶山风电场”是指其停机坪还是安装地点存在争议,并直接决定着被告是否要对本案中受损设备倾覆造成的损失承担责任。

审理判决

法院在原、被告双方举证、质证、辩论的基础上,经过调查审理,围绕上述集中体现本案纠纷特征并直接决定本案诉讼结果的争议焦点作出了认定。

1.对于原告对于保险标的是否具有保险利益,从而保单是否有效问题,法院认为:被告知晓浙江省电力物资供应公司与原告的进口代理关系,且涉案设备也实际由原告购买和使用,故被告辩称原告对承保货物无可保利益无事实和法律依据,不予采纳。原、被告之间的货物运输保险合同系双方真实意思表示,且不违反我国法律规定,应确认有效。法院采纳了原告观点,确认原告对于保险标的具有可保利益,进而确认了保单的效力。

2.对于受损设备发生倾覆的事故是否发生在保险期限内的问题,法院认为根据保单的规定,本案保险合同约定的保险期限为“自汉堡至温州某鹤顶山风电场”,涉案机舱在鹤顶山风电场运输途中因运载车辆倾覆而受损,属被告承包的保险事故,被告应依法赔偿原告因此而遭受的损失。本案的风电设备具有经安装才能使用的特点且原告是该设备的所有者及使用人,结合考虑保险单之格式性特点,被告以事故发生在自停机坪运往安装点途中为由辩称事故发生在保险责任期间外,无事实和法律依据,法院不予采纳。

因此,法院对于本案的两个争议焦点均采纳了原告代理律师的观点,进一步结合双方的其他证据,最终作出被告承担保险责任,赔偿原告受损设备的修理费、外方人员参与调试的差旅费及运费、保险费、新增关税及增值税及二次进场安装费共计 196239.26 欧元、20269.1 美元及人民币 129407.6 元的判决。

经典评析

本案作为涉及国际货物买卖及运输合同的货运保险合同纠纷,其中涉

及买卖、运输、代理及保险等多重法律关系,而且包括举证等工作都具有涉外因素,因而显得尤为复杂。但是本案的性质是货物运输保险合同纠纷,进而明确原、被告双方争议围绕的焦点——保险利益和保险期限,也就把握了本案的关键。保险利益的有无及保险期限的确定是保险合同纠纷,尤其是像本案这样涉及国际货物买卖和运输的货物运输保险合同案件中具有代表性的争议焦点,因此结合本案原、被告双方的举证、质证和辩论过程及法院的审理判决,进一步明辨保险标的及保险期限这两个问题,无疑对于这一类型案件的诉讼具有指导意义。

保险利益,也称为可保利益(insurable interest),在我国《保险法》上被定义为"投保人对保险标的具有的法律上承认的利益",是投保人与保险标的物之间的一种内在的经济联系,即经济利害关系。保险利益原则是各国保险法律所普遍承认的原则,投保人对保险标的是否具有保险利益直接决定着保险合同效力的有无,因此是保险承保和理赔环节要特别审查的关键。我国《保险法》即规定:"投保人对保险标的应当具有保险利益","投保人对保险标的不具有保险利益的,保险合同无效"。之所以要确立保险标的原则主要是基于防范道德风险的发生,避免将保险合同由射幸合同沦为赌博行为,同时保险利益的数额也有利于保险赔款数额的限定。

因此,界定保险利益是确定保险合同的效力,进而明辨保险合同纠纷的前提。保险利益具有以下特征:第一。合法性。保险利益必须是合法的利益,即法律认可的利益。第二,客观性。保险利益必须是客观利益,包括现实利益和远期利益,但必须是可以实现的利益。第三,可确定性。保险利益必须是经济上可以确定的利益。此外,界定保险利益还须注意判断的时间,投保人在投保时并不一定要对保险标的具有保险利益,但是发生保险事故时必须具有保险利益。因为国际货物买卖中,提单签发之后往往会几经转让,所以最终的货主在投保之时并不一定对货物享有法律上的利益。

本案中,就作为保险标的的风力发电设备直接与 De Wind AG 公司签订国际货物买卖合同的是浙江省电力物资供应公司。仅以此法律关系的表象观之,原告并非合同的当事人,也非保险标的的所有权人,好像并不具有保险利益,但是实际情况并不如此。首先,购买保险标的的购销合同虽然是以浙江省电力物资供应公司签订的,但是该合同也载明保险标的的用户是原告,结合我国外贸的实际操作惯例,即设备实际由原告负责接收和安装的事实,浙江省电力物资供应公司明显是进行隐名代理行为。所谓隐名代理即代理人以自身的名义为法律行为,但对方明知该法律行为是为被代理人

所为，该法律行为的后果直接归属于被代理人，《合同法》第四百零二条对此进行了明确规定。因此，原告才是购销合同的事实上的当事人，显然对保险标的享有所有权。其次，判断保险利益的有无应以保险事故发生时为准，因此即使 De Wind AG 公司在签订购销合同时不明知浙江省电力物资供应公司与原告之间的代理关系而无法认定隐名代理，在倾覆事故发生时，保险标的已处于原告的实际管领之下，这也可以认定原告此时对保险标的是具有保险利益的。

综上所述，根据以上判断保险利益存在与否的法律原理及对本案实际情况的分析，原告对于保险标的具有保险利益是没有疑义的。法院的判决也是以“被告知晓浙江省电力物资供应公司与原告的进口代理关系，且涉案设备也实际由原告购买和使用”为由，没有采纳被告的抗辩，认定原告对保险标的具有保险利益。

保险期限，也称为保险责任期间，即保险人承担保险责任的起讫时间，只有在此期间内发生保险事故，保险人才须承担保险责任。对于保险期限必须加以明确界定，因为尽管承担保险责任是保险人的主合同义务，但因为保险合同是一种射幸契约，故其责任承担具有不确定性，只有在约定期间发生了约定事故时方须承担赔偿或给付之责。

国际货物运输由于其周期长、风险高、标的大且涉及多个国家（或公海），因而其保险期限的确定尤为重要。国际货运保险对于保险期限一般采取的是“仓至仓”条款，即保险人对被保险货物所承担的责任是从货物运离保单所载明的起运港发货人仓库直至货物运抵保单载明的目的港收货人所在仓库为止。当然，实际案例中对于“仓至仓”条款的理解要结合具体情况来确定。首先，国际货物买卖所采用的贸易术语直接影响着买卖双方的权利义务，也影响着保险期限的具体起止时间点。例如，在 FOB 贸易术语下，货物的所有权和风险在运载船舶的船舷转移。如果买方投保了货运险后，货物在运离起运港仓库之后，越过船舷之前发生属于保险责任范围内事故，此时，尽管表面上处于“仓至仓”期限中，但是由于事故发生时货物风险尚未转移，买方对于保险标的并不具有保险利益，因此保险人也无需承担保险责任。其次，“仓至仓”条款本身也存在几种特殊情况。第一种情况，保单所载明的目的港是卸货港，收货人提货后并未运往自己仓库，而是对货物进行分配、分派或是分散转运，保险责任从这时终止。第二种情况，保险单所载明的目的地不在卸货港而在内陆某地，经收货人或其他代表将货提取后运到内陆某地，当货物进入内陆目的地收货人仓库时保险责任即行终止。第三

种情况，保险单载明目的地是内陆，保险货物从海轮卸离后运往内陆目的地时并没有直接送往收货人仓库，而是在中途先放在某一仓库然后整批货物进行分配、分派或分成几批运往几个地方，包括其中有部分仍送往保险单载明的目的地。保险责任在到达分配地后全部终止，包括那部分运往原目的地的货物。以上各种情况包括一般情况还要受保险货物卸离海轮60天的限制。

本案中，风电设备在运抵温州港后由原告委托华业物流运往某鹤顶山风电场属于上文提到的"仓至仓"条款特殊情况的第二种，被告的保险责任应在在风电设备运抵某鹤顶山风电场原告仓库时终止。再结合本案保单上对保险期限的约定"自汉堡至温州某鹤顶山风电场"，应该认定保险标的由鹤顶山风电场停机坪运往安装地点途中时仍处于保险期限中。理由正如法院判决所述：第一，风电设备按其性质和用途只有经过安装才能使用，且原告是风电设备的所有者和实际使用人，按常理推测原告对于风电设备的运输应该至安装地点方才达到其目的而结束，因此本案中某鹤顶山风电场可视为原告在内陆目的地的仓库。第二，本案保单所载条款是由被告提供的格式条款，当对其解释存在争议，有两种以上解释时，根据合同解释方法学和《合同法》第四十三条对格式合同解释的特别规定，应采取不利于格式条款提供方即被告的解释，因此也应根据原告的主张，将保单保险期限中的"某鹤顶山风电场"具体为某鹤顶山风电场的安装地点而非停机坪。

本案诉讼过程中，原、被告紧紧围绕保险利益和保险期限这两个涉及国际货物买卖和运输的货运保险纠纷焦点问题展开举证、质证和辩论，法院根据《海商法》、《保险法》等的规定，结合《保险法》，尤其是海上货运保险的原理作出了基本支持原告诉讼请求的判决，其中既反映了这一类型案件的关键所在，又体现了《保险法》、《海商法》、《国际经济法》及《合同法》的基本原理。

刑事篇



挪用资金犯罪，还是正常调拨资金？

——柴某某挪用资金案

田　　旸*

案情简介

健风集团是广东省惠州市人民政府批准，在惠州市大亚湾经济技术开发区登记注册的集体所有制企业，公司总裁柴某某。1995年12月20日，健风集团与广东中山华港工贸有限公司就临海市自来水二期供水工程与临海市政府达成投资意向。1996年5月，健风集团和华港公司共同组建成立临海市源水供给有限公司，其中健风集团占60%股份，华港公司占40%股份，股东双方组建源水公司的目的主要在于投资建设临海市自来水二期供水工程，以解决临海市十几万人民饮水难的问题。该工程总投资建设资金4638.35万元人民币，其中华港公司投资1577.039万元人民币，健风集团投资3061.311万元人民币。该工程于1998年7月1日顺利建成并正式向临海市供水。

2001年4月，华港公司认为投资资金有虚增内容，遂向法院提起民事诉讼，要求健风集团返还因虚增投资资金而增加的华港公司的投资额。在民事诉讼明显处于不利的情况下，华港公司又转而向公安机关提出控告，认为健风集团、柴某某涉嫌经济犯罪，共罗列了18条"罪状"，请求公安机关对此予以立案。临海市公安局于2002年上半年立案，5个小组分别审查了健风集团36个子公司十多年的全部账目，结果华港公司举报的18条"罪状"无一成立。但是在18条"罪状"之外，临海市公安局给柴某某定了一条"挪用资金罪"，2003年7月21日对柴某某以涉嫌挪用资金罪采取取保候审强制措施。

---

* 田旸：男，南开大学法律系本科毕业，中国人民大学法律系刑法专业研究生毕业，专职律师。

2003年11月6日,临海市公安局侦查终结,以柴某某涉嫌挪用资金罪移送临海市人民检察院审查起诉。临海市公安局的"起诉意见书"中,认定柴某某涉嫌挪用资金罪的事实主要有两部分:

1.柴某某以源水公司董事的身份个人擅自决定,将源水公司资金310万元以其个人名义作对外投资或借贷给他人。其中投资北京东大正保科技有限公司110万元,借给该公司股东个人200万元。

2.柴某某以公司董事身份擅自决定,将源水公司资金50万元投资临海市健风净水有限公司。将源水公司资金3195.54万元挪用到健风集团及其关联单位进行经营活动。

在此期间,为慎重起见,承办案件的律师委托浙江省法学会咨询部组织浙江大学法律系刑法学教授阮方民博士、浙江工业大学法律系刑法学教授于世忠博士等专家学者进行讨论。继而又赴京,委托国家重点研究基地——中国人民大学刑事法律科学研究中心疑难刑事问题研究咨询专家委员会进行论证,该专家委员会指定中国著名刑法学专家高铭暄、赵秉志、张泗汉、张智辉、黄京平教授参加论证。二次论证得出的结论均为柴某某的行为不构成挪用资金罪。其主要理由是:

首先,源水公司账户内的资金支配权不在源水公司,也不在其另一方股东——华港公司,而在健风集团。因为源水公司设立过程中,健风集团与华港公司约定:供水工程由健风集团总承包,实行一次包干定死,盈亏皆与华港公司无关。源水公司账户内的资金系源水公司付给健风集团的承包工程款,健风集团对源水公司账户内的资金完全有权支配。包括将相关资金调配给集团其他企业使用。

其次,根据《刑法》第272条第一款的规定,公司工作人员挪用公司资金,必须是归个人使用,才能构成挪用资金罪。挪用公司资金归单位使用,不能构成挪用资金罪。实际情况是,柴某某将以源水公司名义所贷资金归单位使用,因而其行为不可能构成挪用资金罪。

再次,公安机关指控柴某某所有"挪用"资金行为,均系健风集团领导层集团研究决定,既不是柴某某个人擅自决定,也没有归其个人使用,因此,其行为不具备挪用资金罪所要求的"擅自挪用单位资金"的条件,不能构成挪用资金罪。

在临海市人民检察院审查起诉期间,临海市人民检察院于2003年12月5日和2004年5月28日两次退回临海市公安局补充侦查。临海市公安局在没有补充新证据的情况下,两次重新移送检察院审查起诉。2005年1

月 18 日，临海市人民检察院以柴某某涉嫌挪用资金罪向临海市人民法院提起公诉，临海市人民检察院指控柴某某挪用资金罪的事实仅为临海市公安局起诉意见书中的第二节，即柴某某将源水公司的 50 万元资金划给其本人、柴云其、王党、杨宏明用于成立临海市健风净水公司验资所需的注册资金。

2005 年 2 月 17 日，临海市人民法院开庭审理柴某某挪用资金案，在庭审中，辩护律师进行了无罪辩护。2006 年 4 月 11 日，临海市人民法院作出(2005)临刑初字第 135 号刑事判决，判决采纳辩护律师的辩护意见，认定柴某某无罪。

一审宣判后，临海市人民检察院以一审判决认定事实有误、适用法律不当为理由，于 2006 年 4 月 20 日向台州市中级人民法院提起抗诉。

2006 年 5 月 24 日，台州市中级人民法院开庭审理柴某某挪用资金抗诉案，在庭审中，辩护律师坚持一审的辩护观点，继续为柴某某作无罪辩护。2006 年 6 月 6 日，台州市中级人民法院作出(2006)台刑二抗字第 3 号刑事裁定书，裁定驳回抗诉，维持原判。

争议焦点

在本案中，控辩双方对挪用本单位资金用于个人设立公司验资所需注册资金，属于《刑法》规定的“挪用资金归个人使用，进行营利活动”，均无争议。控辩双方争议的焦点在于：柴某某划拨 50 万元资金用于个人注册健风净水公司之用，是基于其源水公司董事(实际履行董事长职责)职权，还是基于其健风集团董事长职权？如果是前者，毫无疑问柴某某构成挪用资金罪；如果是后者，柴某某就不构成挪用资金罪。

辩护律师认为，柴某某的行为不符合挪用资金罪主客观要件。其理由是：

1. 到 1998 年 7 月之前，源水公司承建的临海市自来水二期引水工程由健风集团承包，健风集团对源水公司的资金拥有完全的支配权，作为健风集团董事的柴某某对源水公司的资金有权进行调配。

2. 对源水公司在引水工程建设期间资金的支配权，健风集团与华港公司签订了协议，为保证资金安全，在通水前由健风集团下属的商城有限公司的 3.8 万平方米土地证作为华港公司资金的安全担保。若健风集团将源水公司的资金移作他用，华港公司有权将担保证件及担保物作其他用途，不需要健风集团同意。

3.1998 年 7 月临海市自来水二期引水工程建成通水。1999 年 10 月 28 日,健风集团与华港公司进行结算,华港公司尚欠健风集团 140 多万元,而本案所涉的 50 万元就已经包含在已收取的投资款中,股东双方就投资款问题已经完全结清。

4.柴某某划款的行为不是履行源水公司董事的职权,而是健风集团董事长的职权。因此,柴某某主客观上均不构成挪用资金罪。

控方认为,健风集团并没有对源水公司作为一个法人整体进行经营管理,健风集团及其承包工程期间源水公司的经营与决策并非由柴某某一个人管理运作,健风集团在实际经营中不能调配源水公司账上的资金。其理由是:

首先,源水公司是有限责任公司,是独立的法人,健风集团是集体性质的法人企业,源水公司不是健风集团的子公司或下属企业,法人的财产是独立的,其独立性并没有因为引水工程的承包关系而发生变化,源水公司并没有因为工程承包给健风集团而将经营管理权予以移交,如当时源水公司的财务管理人员的工资仍是由源水公司支付,而不是由健风集团支付;健风集团工程建设需要资金,源水公司有及时拨款的义务,等等,本案没有任何证据证明源水公司的经营管理权交给了健风集团。

其次,健风集团也并非由柴某某一人管理运作,如柴某某供述,划往北京东大公司购买股权和借款给该公司的股东这一决策是由集团主要负责人集体商量决定的。

再次,健风集团没有享有对源水公司账上资金的调配权。法院据以认定的证据是两份协议书,法院实际上对协议书存在曲解和误读。资金担保协议保证的是华港方投入资金的安全,而本案 50 万元既不属于健风集团也不属于华港方投资,是源水公司向财政借款专项用于工程建设的资金,这笔资金不属于担保协议的保证范围,所以此证据材料与本案缺乏关联性;另外,资金担保协议仅说明华港公司对投入资金可能存在的风险所采取的防范措施,绝不是说明华港公司同意健风集团可以将资金用于与工程无关的事项,恰恰说明华港公司对投入资金被移作他用是持否定态度的。1996 年 5 月 8 日健风集团与华港公司签订的股东协议,是确认健风集团与华港公司之间的权利义务关系,而不是确认与源水公司之间的关系,故同样与本案缺乏关联性。法院未采纳 1996 年 6 月 16 日源水公司与健风集团签订的二期引水工程项目总承包协议书,该协议书明确源水公司在承包工程期间所发生的与工程有关的一切债权债务均由健风集团享有和承担,这说明源水

公司是要求承包方即健风集团必须将本公司的建设资金用于工程建设。上述已阐明，源水公司和健风集团是两个互相独立的法人，都具有独立的对本公司资金的管理权，两份协议并没有改变源水公司对本公司资金的控制权。

审理判决

柴某某挪用资金案，临海市人民法院一审判决无罪。其理由为：

健风集团与华港公司签订的股东协议及源水公司与健风集团签订的承包协议规定：健风集团承包本应由源水公司承建的引水工程，实行一次“包干定死”，凡由工程质量、工程完工期限、工程进度、工程设计等由工程引起的法律责任归咎于源水公司的，概由健风集团负责；在承包工程期间所发生的一切债权债务亦与华港公司无关；为保证资金安全，由健风集团将下属企业的土地证作为华港公司资金安全的担保。从承包方式看，源水公司实际由健风集团经营管理，健风集团及其承包工程期间源水公司的经营与决策实际由被告人柴某某一人管理运作。健风集团在实际经营中可以调配源水公司账上的资金。故现有证据无法确认被告人柴某某具有挪用资金罪的主观故意。公诉机关指控被告人柴某某犯挪用资金罪的罪名不能成立。

一审判决后，临海市人民检察院以一审判决认定事实有误，适用法律不当为由，向台州市中级人民法院提出抗诉，台州市中级人民法院终审裁定。驳回抗诉，维持一审无罪判决。其理由为：

1997 年 5 月 6 日，柴某某为净水公司注册资金，指使源水公司副总经理周军将该公司人民币 50 万元划至净水公司的临时账户上是事实，但根据健风集团与华港公司签订的股东协议及源水公司与健风集团签订的承包协议规定：健风集团承包本应由源水公司承建的引水工程，实行一次包干定死；凡由工程质量、工程完工期限、工程进度、工程设计等由工程引起的法律责任概由健风集团负责；在承包工程期间所发生的一切债权债务亦与华港公司无关；为保证资金安全，由健风集团将下属企业的土地证作为华港公司资金安全的担保。从以上承包方式看，源水公司实际由健风集团经营管理、对外投资、资金调配，均由柴某某一人操纵、决策，故现有证据无法确定柴某某具有挪用该笔资金的主观故意，原审法院判决柴某某无罪并无不当。抗诉机关提出的柴某某的行为构成挪用资金罪由不能成立，不予采纳。

经典评析

柴某某挪用资金案，从立案侦查到二审终审宣告无罪，耗时六年之久，一方面花费大量司法资源，另一方面给企业带来无尽的损失。回顾本案的

侦查、起诉和审理,我们认为有三方面的法律问题值得研讨。

第一,挪用资金罪的犯罪对象。根据《刑法》第272条规定,挪用资金罪的犯罪对象必须是本单位的资金。在本案中,基于健风集团对源水公司的承包关系,基于健风集团向华港公司作出的担保,健风集团取得源水公司的资金调配、使用权。因此,本案不存在柴某某挪用源水公司资金问题。

第二,挪用资金罪客观方面"挪用"含义的理解。

从文字含义上来讲,挪用包含两层意思:(1)把某种款项移作他用;(2)私自用(公家的钱)。但这仅仅是挪用的文字含义,并没有揭示挪用的法律特征。从法律上来看,所谓挪用是指违反财经管理制度,未经合法批准,擅自将款项移作私用。要准确认定挪用资金罪,首先就要正确理解和把握挪用的法律含义及特征,而司法界和理论界在研究和探讨挪用资金罪时,往往忽视对挪用法律含义及特征的研究。我们认为,挪用应包含以下法律特征:

(1)挪用的非法性。挪用的非法性是指挪用行为不仅表现为违反国家法律法规或有关财经管理规章的规定,而且表现为未经合法批准、许可。如果将款项归个人使用的行为是经过合法程序批准,没有违反有关财务管理制度的,就不可能构成挪用资金罪。

(2)挪用的私利性。挪用的私利性是指挪用者是为本人或他人的利益而进行挪用资金。如果是为社会公共利益进行挪用,就不可能构成挪用资金罪。

(3)挪用的个人意志性。挪用的个人意志性是指挪用行为由挪用者个人意志决定,系挪用者擅自所为。如果是单位意志,而非个人意志,则不能成立挪用资金罪。

挪用的上述三个法律特征紧密相连,缺少了其中任何一个,都不能成立挪用资金罪。

在本案中,健风集团由柴某某一个人管理运作是一个长期形成的客观历史事实,柴某某对健风集团及其承包工程期间对源水公司的管理运作,实际是代表公司进行,本身符合健风集团的运作惯例,因此本案也不符合"挪用"的客观行为特征。

第三,挪用资金罪在主观方面是直接故意,行为人在主观上必然明知是本单位的资金,而进行非法挪用。也就是说,行为人对自己行为的非法性要有认识。而本案中,柴某某主观上只是认为自己是在正常地调配资金,是依健风集团董事长的职权履行自己的职责,其对自己行为的非法性没有认识,因此本案也不符合挪用资金罪的主观特征。

综合上述三方面,本案无论从客观上还是主观上,均不构成挪用资金罪。

行使民主权利岂是“犯罪”？

——陈某某“聚众扰乱社会秩序罪”平反案

张立宪[*]

案情简介

这是一起刑事申诉案件。

这起案件是在全国人大吴邦国委员长的亲笔批示之下，在全国人大“个案监督”之下获得平反的。

陈某某是温州市鹿城区黎明街道杨府山涂村妇女主任。杨府山涂村是温州市郊的一个小村，2001 年当地政府将其部分区域规划为商务中心区进行开发，先后征地上千亩，拆迁农户数百户。农民对地方政府征地从来没说一个“不”字，仅对本村村委会主任出卖村“三产留地”有意见。所谓“三产留地”，是政府为安置失地农民，在被征的土地中留出地块给村民集体兴办第三产业。三产留地卖掉了，农民安置无着。2002 年夏，失地失屋的农民出于对自己利益的关心，经常自发地聚集到村委会，要求村委会主任公开村务，反对出卖三产留地，要求清查村财务的巨大缺口。作为妇女主任，陈某某每天要到村委会上班，面对熙熙攘攘的群众，她认为群众的三点要求是合理的，于是就为他们代言，带头给村委会主任、街道书记提意见。

当地公安、检察机关认为，陈某某是村民“闹事”的首要分子，涉嫌“聚众扰乱社会秩序”，2003 年 2 月陈某某受刑拘、逮捕。2003 年 12 月，鹿城区人民法院认定陈某某的犯罪事实如下：“2002 年 5 月，被告人陈某某因与本村村委会主任等村委会成员有矛盾，借口村委会没有依法公开村务、村集体资产账目不清及低价转让村三产留地等为由，伙同数十名村民经常到村委会吵闹，扰乱村委会办公秩序。同月 27 日，因村会计向村民出示的村集体资

---

* 张立宪：男，毕业于辽宁大学中文系，留学于日本国立岐阜大学法学院，研究生毕业。主要业务领域以刑事为主，兼及涉外民商事。

产账目摘抄有错误，陈某某、叶金榜等村民就借机以审计、清算村资产为由，非法将村委会财务室的文件柜、保险柜、办公桌的抽屉贴上封条，后又更换了该财务室的门锁，致使会计、出纳等人无法进入财务室办公。尔后，陈某某、叶金榜等人又煽动不明真相的村民经常到村委会吵闹、辱骂，致使村委会成员无法办公，村委会主任也被迫不去村委会上班，并带走村委会印鉴，致使村委会工作处于瘫痪状态。同时，陈某某伙同数十名村民经常到鹿城区黎明街道去吵闹，要求政府出面解决问题。2002 年 9 月 22 日下午 2 时许，黎明街道书记带领 9 名街道工作人员到杨府山涂村村委会，指导解决涂村村委会长期不能工作的问题，陈某某伙同叶金榜等上百名村民将街道书记等街道工作人员围困在村委会办公室，给书记施加压力，逼迫书记通知村委会主任到村委会，交出村委会印鉴，否则不让街道书记离开，村委会主任因担心场面混乱、无法控制，而没有到场。当晚 11 时，街道书记被迫立下字据，保证下星期一处理村委会的问题，并在派出所民警出面干预后，才脱身离开村委会。同年 11 月 26 日上午，被告人陈某某和叶金榜等村民发现被村委会卖给温州市某房开公司的三产留地上建起围墙，借口村委会主任与房开公司串通，低价非法转让三产留地等为由，聚集数十名村民将刚建好的围墙推倒。经评估，计损失人民币 2630 元。"鹿城区人民法院一审认定被告人陈某某犯聚众扰乱社会秩序罪，判处有期徒刑一年。陈某某不服，提出上诉。2004 年 2 月 6 日，温州市中级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

2004 年 2 月 17 日，陈某某刑满释放。为了洗清自己的冤屈，她来到杭州，委托浙江龙剑律师事务所张立宪律师为其申诉。

争议焦点

张立宪律师通过调查、取证，并研究了有关法律，从以下几个要点入手进行申诉。

1. 陈某某及群众提出三点要求，是行使民主权利，还是“借口”闹事；扰乱村委会办公秩序，是否就是扰乱社会秩序？张律师引述我国《宪法》、《刑法》、《村民委员会组织法》的有关条款，对原判的这一主要观点进行了批驳。我国《宪法》第一百一十一条将村民委员会定义为“基层群众性自治组织”。自治组织的成员向自治组织的负责人提意见，即使如原判所说村委会办公秩序被扰乱，也绝非扰乱社会秩序，不涉及该项罪名。我国《村民委员会组织法》规定，18 周岁以上的村民，享有村务知情权、涉及集体利益事项的决策权、村民主管理参与权、村财务监督权这四大权利，不论陈某某作为村民

的一分子还是村干部的一分子，要求公开村务，反对出卖三产留地，要求监督村财务，都是她的基本权利，原判怎么能把法有明文规定的权利斥为“借口”，将她行使民主权利的行为视为犯罪行为呢？

2.所谓被告人伙同他人非法将村财务室的文件柜、保险柜、办公桌抽屉贴上封条，更换了财务室的门锁，真相究竟如何？在案卷中，共有11名“证人”作证，指认陈某某实施了该行为。对此，张律师一一研究了这些证人证言，发现这11人中，当时在现场的仅4人，另7人均为道听途说，其证言不足为凭。在现场的4位证人中，指认陈某某实施该行为的仅1人，3人否定她在现场。适格的证人3比1否定了该项指控。同时，张律师还进一步指出，案卷内的照片上，清楚地看到贴在财务室的封条上赫然盖有村委会、村党委两枚公章，说明该查封行为本身得到认可，不能归之为犯罪行为。

3.所谓被告人伙同他人将街道书记等9名街道工作人员围困在该村村委会不让离开，真相究竟如何？实际情况是：该村许多失地失屋农户多次要求街道书记来村了解他们的疾苦，听取他们的意见，等了4个月，这天街道书记好不容易来了，村民们是自发聚集到一起，并非陈某某所组织，至于从下午2时一直到晚上11时，这是因为街道书记多次电请村委会主任也来参加座谈会，而久等不来。当天是中秋前夕，群众还买来月饼款待街道干部。这期间不存在围困、不让脱身的问题，综观该过程根本不构成犯罪。

4.所谓被告人伙同他人将温州某房屋开发公司在村“三产留地”上建起的围墙推倒，真相究竟如何？张律师首先质疑了该房屋开发公司在村“三产留地”上建围墙的合法性，再仔细查看案卷材料，陈某某在各次笔录中均否认她到场参与此事，张律师又将多名证人的证言作了辨析和比对，发现这一节“犯罪事实”是由多个不在现场的证人所指认的，而在现场者，有多人证明陈某某当时根本不在现场。

综上，原判不仅违背《宪法》和《村民委员会组织法》，将申诉人行使正当民主权利视为犯罪，将基层群众性自治组织内的秩序上纲到社会秩序，而且，原判所述陈某某的“犯罪事实”都是诬蔑不实之词，原判在这一刑事案件的主体、主观方面、客体、客观方面这四大要件上均颠倒黑白、指鹿为马。这个案件是个非常典型的刑事冤假错案。

审理判决

申诉途上遭遇到许多磕磕碰碰，一再受挫。

后来，申诉状、辩护词及附件寄送给了全国人大、最高人民法院、最高人

民检察院等领导机关。

全国人大信访局从全国各地许多来信中择出四件材料，组写了关于“三农”问题的一期简报，浙江陈某某案件是其中之一。吴邦国委员长在这期简报上亲笔批示：对反映的这些问题，要追踪处理解决。全国人大信访局长为检查、落实吴邦国委员长的批示，专程来我省督办这起申诉案。于是，温州市中级人民法院于 2004 年 10 月 20 日发出《再审决定书》，决定原审被告人陈某某聚众扰乱社会秩序一案，由本院另行组成合议庭进行再审。

2004 年 12 月 20 日，温州市中级法院裁定撤销原判，将案件发回区法院重审；同年 12 月 23 日，鹿城区法院裁定以区检察院已撤回起诉为由终结审理；同年 12 月 27 日鹿城区检察院作出“存疑”不起诉决定书。

刑满释放后去申诉，居然落了一个“存疑”不起诉。为此，张立宪律师为陈某某提出了第二次申诉。鹿城区检察院宣布撤销 2004 年 12 月 27 日的“存疑”不起诉决定书，于 2005 年 11 月 10 日作出“绝对”不起诉决定书。决定书说，经本院依法审查：2002 年 5 月，本区黎明街道杨府山涂村部分村民因该村村委会多年以来没有依法公开村务、村集体资产账目不清等原因，要求村委会清算村集体资产，发现村集体资产账目摘抄误差达 100 多万元，为防止发生其他意外情况，遂查封了村委会的财务室。部分村民还多次上访强烈要求黎明街道原书记等领导帮助解决该村村委会长期没有正常工作、村委会工作濒临瘫痪的状况。期间，部分村民还以村委会将三产留地非法卖给温州市某房开公司为由，发生推倒该房开公司建在该工地上围墙的过激行为，造成经济损失 2630 元。本院认为，根据现有的证据，不能证实被不起诉人陈某某参与上述有关行为，因此陈某某不构成犯罪。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第十五条第(一)项和第一百四十二条第一款之规定，决定对陈某某不起诉。

至此，陈某某案件虽然得到了平反，但遗憾的是没有由人民法院来郑重地宣告她无罪。为此，当事人和辩护律师再次向上反映问题。2006 年 3 月 11 日，全国人大信访局致函浙江省人大常委会办公厅，指出温州市鹿城区杨府山涂村陈某某的案件未能彻底解决，陈一直向全国人大信访局申诉。根据最高人民法院对《刑事诉讼法》司法解释第 312 条第 4 项、第 177 条之规定，应宣告被告人无罪，对判处有期徒刑之后，再提出申诉的，不应作不起诉处理。鉴于申诉人提出的证据和理由，请督促有关法院依法再审。目前，有关法院正在办理之中。

经典评析

1.这个刑事案件是个小案子,当事人并无显赫的身份,且只获刑一年,但这个案件极具典型意义。三农(农民、农业、农村)问题,是我国社会发展过程中的一个重大问题,虽然《村民委员会组织法》早已规定,年满18周岁的村民享有村务知情权、涉及集体利益事项的决策权、村民主管理参与权、村财务监督权,但村民行使这些民主权利却被定罪判刑,这不能不引起人们的极大震惊。中央领导同志体察民情,关注这个案件,亲自作出批示,全国人大——共和国最高立法机关和法律监督机关对此案进行"个案监督",终于纠正了这个冤假错案,彰显了我国法治的清明。

2.此案罪名曰"聚众扰乱社会秩序罪",何谓"社会秩序",迄今尚无明晰的界定,有的办案机关就视其为"麻袋",什么都往这"麻袋"里装。我国《宪法》第一百一十一条将城市的居民委员会、农村的村民委员会定义为基层群众性自治组织。自治组织成员即使扰乱自治组织的工作秩序,当上纲不到扰乱社会秩序。原办案人员如对《宪法》和《村民委员会组织法》有所研读,也许可以避免适用法律上的这个错误。另外,该罪的起刑点是三年,却只判当事人一年徒刑,在适用法律上也无从解释。

3.关于申诉案子可否以"不起诉"结案。陈某某刑满释放后提起申诉,先落了一个"存疑"不起诉,后又改为"绝对"不起诉。这是经一、二审判定有罪的案件,再审时能这样结案吗?我国《刑事诉讼法》"审判监督程序"这一章中第二百零四条规定,对再审的案件"人民法院应当重新审判"。这里用"应当"一词,是必须审判之意,法条上没有半点含糊,没有可以撤案的空间。但是有关法院不肯以法院判决的形式宣告陈某某无罪,硬说再审的案子是可以由检察院撤回起诉的。好在全国人大信访局已发文,明确指出根据有关司法解释,应宣告被告人无罪,对判处有期徒刑之后,再提出申诉的,不应作不起诉处理,鉴于申诉人提出的证据和理由,督促有关法院依法再审。

4.做律师的都知道,推翻一个生效的刑事判决,何其难!佘祥林因妻子的"死"而复生才走出监狱,杜培武因"真凶"的坦白交代而洗清冤屈,他们脱罪可谓不幸之中的幸运。陈某某这起冤假错案件得到平反,则是在做了大量艰巨的工作之后才实现的,作为辩护律师需要正气、勇气、毅力和法律的功底。愿律师同仁对确有冤情的申诉案子都知难而上,仗义人间!

有罪与无罪的较量

——单位犯罪与个人犯罪的认定与辨析

方怀宇*

案情简介

2002年12月20日，孙某、邹某及廖某(另案处理)三人拟从事木材、木地板的进口业务，并商定成立一家实际运作、体现实际效益、日后以此为基础进行分红的公司作为母公司。同时，由孙某出面与浙江A集团有限公司合资成立一家公司作为壳公司，实际从事母公司的各项进出口、内贸、咨询业务，通过浙江A集团有限公司代理从事进口木材业务。由廖某出面在香港收购B国际投资有限公司(下称B公司)，配合母公司进行进出口及咨询业务，并解决部分境外资金。2003年2月11日，浙江A集团有限公司出资人民币99万元(占出资额的33%)、孙某出资人民币102万元(占出资额的34%)、廖某出资人民币99万元(占出资额的33%)在杭州市注册设立浙江C经贸有限公司(下称C公司)。其中，廖某负责财务、税务及发展战略，邹某(C公司副总经理)主要负责业务，孙某(C公司法定代表人兼总经理)负责公共关系及人事，并协助邹某开展业务。

2003年2月至2004年5月间，孙某、邹某及廖某以C公司名义在通过B公司与境外供货商先行确定木材真实交易的基础上，另定低于真实单价的报关单价，并以报关单价与境外供货商签订假合同。后由C公司出面委托浙江A集团有限公司作为进口代理，委托中国D公司等报关进口，并通过要求境外供货商提供虚假发票等手段，从境外走私木材入关178次，累计偷逃税额合计人民币230余万元。C公司将进口板材在浙江省、上海市等地销售，部分销售收入进入C公司账户，部分进入孙某实际控制的杭州E

* 方怀宇：男，毕业于西南政法大学(民商法专业)，从事经济及涉外法律事务，专职律师。

商贸有限公司(下称E公司)等账户,通过上述账户按报关价向浙江A集团有限公司支付货款,通过B公司及李某个人账户向境外供货商支付差额部分款项。

2004年5月,C公司、孙某及邹某因涉嫌走私普通货物罪被杭州海关缉私局立案侦查,C公司所有的500万元人民币亦被杭州市海关缉私局暂扣。后该案于2004年8月移送至杭州市人民检察院审查起诉,公诉机关指控上述三被告以低于真实价格的报关价格向海关申报进口,走私进口木材,偷逃应缴税额230余万元人民币,均已构成走私普通货物罪。

本所接受C公司委托,仔细地查阅了案卷,积极地调查取证,逐渐掌握了该案脉络。经过认真研究,整理出了成熟的辩护思路,决定对C公司作无罪辩护。

争议焦点

本案公诉机关主张被告单位C公司的走私行为已经触犯《中华人民共和国刑法》第一百五十三条的规定,且犯罪事实清楚,证据确凿充分,应当以走私普通货物罪追究其刑事责任。但被告单位C公司认为该公司是孙某等人为了个人进行违法活动而设立的,并且以木材进口走私为公司的主要业务活动,走私犯罪的获利已被其私分,C公司本身并无非法所得,因此不构成犯罪。

围绕着该案究竟是C公司的单位犯罪还是孙某、邹某的个人犯罪的问题,控辩双方进行了激烈的辩论。争议的焦点集中体现在单位犯罪与个人犯罪的认定上。

审理判决

本案的诉讼进程可谓一波三折。2004年12月14日,杭州市中级人民法院作出一审刑事判决,认为被告单位C公司犯走私普通货物罪并判处罚金人民币235万元,而被告人孙某和邹某则以走私普通货物罪分别被判处六年和四年有期徒刑。被告单位C公司认为一审判决事实认定和适用法律均存在错误,处罚不当,遂依法向浙江省高级人民法院提出上诉,并在上诉状中明确提出了不构成单位犯罪的理由,同时通过审计师事务所对C公司的所有木材业务进行审计,表明C公司本身并未因进口木材业务而获利,并将审计报告作为证据提出,请求二审法院依法改判,宣告C公司无罪。

2005年3月21日,浙江省高级人民法院以事实不清、证据不足为由,

裁定撤销一审刑事判决,发回杭州市中级人民法院重新审理。

杭州市中级人民法院依法组成合议庭进行审理并于2005年7月26日判决被告单位C公司无罪。被告人孙某以走私普通货物罪被判处无期徒刑,被告人邹某以走私普通货物罪被判处十四年有期徒刑。

但是,杭州市人民检察院不服重审结果,认为对自然人系轻罪重罚,且将赃款人民币500万元发还被告单位存在错误,因此向浙江省高级人民检察院提出抗诉,本案再次进入浙江省高级人民法院审理。浙江省高级人民法院最终采纳了被告单位的观点,驳回了检察机关的抗诉,宣告被告单位C公司无罪。

经典评析

(一)综观本案,无论从单位犯罪的构成要件来看还是从法律适用上来看,本案被告单位C公司都不构成单位犯罪

我国刑法和司法解释均未对单位犯罪下定义,但是根据我国刑事法律的一般理论,单位犯罪通常是指公司、企业、事业单位、机关、团体为谋取本单位利益,由单位的决策机构决定实施,或者由单位的负责人或其授权的主管人员实施的危害社会的行为,这种理解同样适用于单位走私犯罪。在认定单位走私犯罪时,除了以单位名义这一表面现象以外,不能脱离单位走私犯罪的两个主要特征:单位意志的整体性和单位利益的团体性。而这两个特征中最根本的是单位利益的团体性,即为单位谋取利益。

根据《最高人民法院最高人民检察院海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定,具备下列特征的,可以认定为单位走私犯罪:(1)以单位的名义实施走私犯罪,即由单位集体研究决定,或者由单位负责人或被授权的其他人员决定、同意;(2)为单位谋取不正当利益或者违法所得大部分归单位所有。

同时,根据1999年6月18日通过的《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第二条和第三条的规定,个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。其中,单位是否以实施犯罪为主要活动,应根据单位实施走私行为的次数、频度、持续时间、单位进行合法经营的状况等因素综合考虑认定。而走私所得归单位所有是单位走私犯罪的最主要特征。

PDG

本所律师根据该案证据，针对单位犯罪的构成要件依法提出了自己的辩护意见。

1. 被告人孙某、邹某及廖某设立公司的目的就是从事走私犯罪，即采取以低报价格的方式进口木材走私来谋取个人利益。

首先，2002 年 12 月 20 日的会议备忘录清楚地说明了孙某、廖某和邹某三人设立公司的目的。该备忘录是真实的，有三方亲笔签名，且三人对签名的真实性均无异议，确系其真实意思的表示。

其次，上述三人在各自盘问笔录中对 C 公司设立目的的供述也相互印证，证明了设立 C 公司之初三人就打算采取低报价格的方式进口木材谋利。根据杭州市海关缉私局的盘问笔录，2002 年 12 月，孙某、廖某和邹某三人"在筹建 C 公司时，采取低报价格的方式进口木材，同时，为低报价格走私进口木材提供方便，决定在香港收购 B 公司"。此时，孙某尚未找到"业务掩护"浙江 A 集团有限公司。2003 年 2 月，C 公司成立后，完全按照孙某等人事先的预谋，通过 B 公司大肆进行走私活动。浙江 A 集团仅仅是做大业务规模的考虑，对孙某等人的犯罪故意和犯罪活动毫不知情。后来孙某供述称："是我找来廖某和邹某合作，我们三人一致认为如果木材按正常操作是要亏本的，所以延续了低报价格的做法，只有这样才能降低成本，增加利润，这是我们心知肚明的。"邹某也在盘问笔录中供述称："2002 年底，廖某、孙某与我三人经商量决定找一家比较有信誉的壳公司作为我们的业务掩护，主要从事低报价格进口木材，后来孙某发挥他的优势，找到了浙江 A 集团。"

再次，C 公司设立之初的业务就是从事低报价格进口木材。根据法院的认定，第一笔走私发生在 2003 年 2 月 6 日，而 C 公司正式成立的时间是 2003 年 2 月 11 日。因此，C 公司还没有正式成立走私行为就已经开始了。

2. 孙某、邹某和廖某实际获取走私的获利并没有归公司所有，浙江 A 集团分文未得。

首先，走私进口的木材并没有全部入公司的账。走私货物的价值分两部分：一是报关价值，二是报关价值与市场价值的差价，即低报部分。孙某等人只是将报关价值入账，并没有将货物的全部真实价值入账。同时，孙某等人利用 E 公司和李军个人账户支付大量差价款，通过与 E 公司的关联交易转移了 C 公司的利润。

其次，从侦查的情况来看，孙某、廖某和邹某三人在 2003 年和 2004 年已有多次分红，且分红的时间和具体情况也都很清楚，但是同为股东的浙江

A 集团却对此丝毫不知情。虽然孙某和邹某均辩称分红来源为期货经营的利润,但是通过公安部门对孙某开设的所有期货账户盈亏情况的调查表明,孙某以 E 公司名义在上海 F 期货公司设立的账户自 2003 年至 2004 年 7 月共亏损 80 多万元,在江苏 G 期货的账户基本持平,而孙某以个人名义在 F 期货公司的账户亏损 60 多万元。同时,邹某和廖某没有开设期货账户。从期货账户上过账并用来分红的资金全部是由木材走私所得。也就是说,无论是 E 公司还是孙某,经营期货均未获利,分红来源为期货经营所得利润的说法是虚假的。

再次,审计报告表明木材走私并没有给公司带来利润。由于进口需要,被告单位 C 公司委托 A 集团对外开立信用证,并对外付款,木材销售的部分回笼款进入被告单位账户,用以归还 A 集团信用证垫款及账面成本开支。这并不意味着公司获取了走私的非法所得。真正的所得根本没有进账,而直接以现金或通过银行卡流进了孙某、邹某和廖某的口袋。该案案发后,公安部门委托浙江 H 会计师事务所对公司 2003 年和 2004 年的财务进行全面审计,该审计报告表明被告单位 2003 年和 2004 年经营木材业务没有利润反而亏损 355 万元,这也进一步证实了被告单位未获利而个人获利的事实。

3. 走私进口木材已经成为 C 公司的主要活动。

从公司 2003 年 2 月设立开始至 2004 年 5 月案发,孙某、邹某和廖某三人在前后不足 16 个月的时间里,已经认定的走私行为就达 178 起,平均每个月十多起,这对于只有十几个人的小公司而言,不能不称得上公司的主要活动。就已经认定的 178 起走私行为的次数、时间、频度等来看,足以认定公司主要从事低报价格进口木材的走私犯罪活动。

(二)单位犯罪与个人犯罪辨析

单位犯罪与单位内部成员个人犯罪有着明显的界限,我国刑法对待这两类犯罪在刑事政策上也是有区别的。总的来说,对待单位犯罪中的单位成员的惩罚,要比单纯的个人(自然人)犯罪要宽。比如,有的犯罪,如果是自然人犯罪,其法定最高刑为无期徒刑、死刑,如果是单位犯罪,其成员的最高刑为 10 年以上有期徒刑(如《刑法》第 153 条)或者无期徒刑(如《刑法》第 192 条等);而有的犯罪,个人犯罪的法定刑,要比单位犯罪中单位成员的法定刑高一个档次(如《刑法》第 175 条等);还有的犯罪,如是个人犯罪可以并科罚金,而单位犯罪中的单位成员则无并处罚金的规定(如《刑法》第 182 条等)。因此,为了不宽纵犯罪,法律对单位犯罪主体的确定一直采取从严原

PDG

则。在目前的司法实践中,有相当多的自然人为掩盖其罪行,把单位作为犯罪的工具。对这些犯罪如果都以单位犯罪来对待,实际上就纵容了犯罪分子,使其逃避了较重的刑罚处罚。

为了单位利益而实施犯罪,或者在具有违法所得的情况下将违法所得归单位所有的,是单位犯罪。单位中的个人假借单位名义实施犯罪,为个人谋取非法利益的,或者单位虽经集体研究决定实施犯罪,但个人共同分取违法所得的,则因利益归属的个体性而只能以个人犯罪处理。律师工作中也应当从个案的具体情况出发,明确单位成立的目的、单位的主要活动行为和单位利益归属的团体型是区分单位犯罪和个人犯罪的重要依据。尤其注意把握犯罪行为是否单位意志的结果,是否表现为单位意志,是否自然人意志的结合等因素,避免把个人犯罪误当成单位犯罪处理。

本案不但历时较长,而且案情也比较复杂,本所律师在查明相关事实的基础上,查阅了大量法律法规,依法调取案件证据材料,在整个诉讼过程中围绕着该案的争议焦点提出了自己的辩护意见,即本案为个人犯罪,而非单位犯罪,被告单位C公司无罪。在此基础上,本所律师进行了有理有据的辩护并获得胜诉,最终维护了委托人的合法权益。



从死刑到无罪的七年辩护历程

——董某某涉嫌贩毒案

唐国华*

案情简介

董某某，男，1968年8月出生，浙江省某县人。因涉嫌走私、贩卖毒品于1994年12月14日被某县公安局拘留，12月27日转为收容审查。1996年9月27日，被某县人民检察院批准逮捕。1997年3月10日，浙江省温州市人民检察院以走私、贩卖毒品罪向温州市中级人民法院提起公诉。1997年5月7日，浙江省温州市中级人民法院作出（1997）温刑初字第40号刑事判决书，判决被告人董某某犯走私、贩卖毒品罪，依法判处死刑，剥夺政治权利终身。董某某不服，提出上诉。二审期间，辩护人唐国华律师向浙江省高级人民法院提交辩护词，提出一审判决事实不清、证据不足，存在重大冤案的可能。1998年10月5日，浙江省高级人民法院作出（1998）浙法刑终字第1997－402号刑事裁定书，裁定撤销温州市中级人民法院（1997）温刑初字第40号刑事判决书，发回温州市中级人民法院重新审判。2000年4月30日，温州市中级人民法院作出（2000）温刑初字第85、86号刑事判决书，该刑事判决书再次认定董某某犯走私、贩卖毒品罪，判决无期徒刑，剥夺政治权利终身，并没收个人全部财产。董某某仍不服，再次上诉。在浙江省高院二审期间，辩护人唐国华律师提交辩护词，提出重审判决仍然事实不清、证据不足，请求浙江省高院直接改判董某某无罪。2001年2月9日，浙江省高级人民法院作出（2000）浙法刑终字第339号刑事裁定书，再次裁定撤销温州市中级人民法院（2000）温刑初字第85、86号刑事判决，发回温州市中级人民法院重新审判。浙江省温州市人民检察院于2003年1月10日

---

* 唐国华：男，毕业于北京大学法律系，专职律师。

PDG

继续以走私、贩卖毒品罪向温州市中级人民法院提起公诉。最终,温州市中级人民法院 2003 年 1 月 25 日作出(2003)温刑初字第 29 号刑事判决,判决董某某无罪。董某某在无罪释放后,申请国家赔偿。浙江省温州市中级人民法院和温州市人民检察院于 2003 年 6 月 2 日作出(2003)温法检赔字第 1 号《共同赔偿决定书》,共同赔偿董某某被侵犯人身自由的赔偿金 146559.76 元。

争议焦点

一审法院和重审一审法院仅仅以被告人董某某、陈某某、刘某,同案犯叶某某、李某某的前后矛盾的口供和唯一证人陈某的证词认定被告人犯走私、贩卖毒品罪。

一审法院认定,1992 年 10 月被告人董某某、陈某某及刘某、叶某某、苏某某、李某某(均已判决)等先后结伙携带资金在云南省临沧县贩毒相遇,共谋合伙出境走私海洛因。被告人董某某出资 51000 元,陈某某出资 33500 元及刘某、叶某某、苏某某、李某某分别出资,总共集资 20 余万元,从缅甸以 22 万余元的价格走私入境海洛因 54 块,合计重量 18900 克。然后装入烫金机滚筒内运至广州省陆丰市,由董某某以每 1 千克 6.8 万元的价格贩卖,共得赃款 120 余万元。证明以上事实的证据有:(1)被告人董某某、陈某某分别向公安机关供认参与贩卖海洛因的事实;(2)刘某、叶某某、李某某分别供认与董某某等合伙走私海洛因;(3)陈某证实陈某某参与贩卖海洛因。一审法院认为,被告人董某某、陈某某为牟取非法暴利,结伙他人走私、贩卖海洛因,其行为均已构成走私、贩卖毒品罪。温州市人民检察院指控罪名成立。被告人及其辩护人的辩解理由不足,不予采纳。

重审一审法院认定,1992 年 10 月被告人董某某、陈某某及刘某、叶某某、苏某某、李某某(均已判决)等先后窜至云南省临沧县,共同集资合谋出境购买海洛因,而后,由被告人董某某、刘某及叶某某出境到缅甸国果敢县向毒贩购得海洛因 54 块、合计重 18900 克,入境后将海洛因装入烫金机的滚筒内运至广东省陆丰县予以售出。经法庭质证,认定上述事实的证据有:(1)同案犯叶某某、李某某、苏某某原在侦查阶段交代 1992 年 10 月份伙同董某某、刘某、陈某某共同贩毒的经过情况;(2)证人陈某证词证实被告人陈某某伙同苏某某、李某某参与贩毒的事实情况;(3)被告人刘某、陈某某原在侦查阶段中供述共同参与贩毒的经过情况。

被告人董某某、刘某、陈某某及其辩护人均辩称本案事实不清,证据不

足。经查,本案是同案犯叶某某于1994年6月3日在云南省永德县看守所首先交代了1992年10月伙同董某某、刘某、李某某、苏某某在云南省永德县共同贩毒的情况;而后,某公安局于1994年12月14日在藏南县抓获被告人董某某,董否认自己参与贩毒;于是,藏南县公安局于1995年9月25日到云南省昆明市看守所提审李某某,李交代了1992年10月份在云南伙同董某某、刘某、苏某某、叶某某等人共同贩毒的经过情况;1995年10月14日被告人刘某在某被收容审查,刘交代了参与贩毒事实;同年10月17日被告人陈某某在某也被收容审查,并交代了参与贩毒事实;1995年12月7日在昆明市看守所再次提审李某某,李再次交代了参与贩毒的经过情况。虽然,三被告人及同案犯在贩毒的某些细节上供述有不一致,但从以上被告人及同案犯供述的经过情况及内容来看,并不影响本案的基本事实的认定。因此,三被告人参与本案贩毒的基本事实清楚,三被告人及其辩护人辩称本案事实不清、证据不足的理由不足,不予采信。被告人董某某、刘某、陈某某为牟取非法暴利,伙同他人走私、贩卖海洛因,其行为均已构成走私、贩卖毒品罪,温州市人民检察院指控罪名成立。

辩护人意见:

(一)从被告人证供之间的关系看,互相矛盾,不能互相印证,甚至每两人之间的证供都不能互相印证

1.关于犯罪时间,有的称1992年9月、10月,有的称11月。

2.关于参与人数,叶某某称5人,陈某某称8人,有的称6人。刘某称仅送钱至昆明,自己未参与。苏某某称共同贩毒阶段根本未包括董某某,且与指控事实相距太远。

3.关于结伙地,有的称昆明,有的称临沧,有的称耿马,有的称孟定,有的称镇康,有的供词根本就没有结伙地。

4.关于如何结伙及出资。关于如何结伙的说法各不相同;关于出资,各人均称除自己出资多少外,不知他人出资,叶称5000元,陈称33500元,李称7000元,又向董借10000元,苏称5000元等,将各被告人自称的出资相加到最大额,也不过10余万元,而且所谓个人出资数判决书也不过依据各被告自述认定。不知起诉书认定的255000元的数字从何而来,而本案重审判决书关于集资数额根本就没有认定。

5.关于走私毒品及数量,各被告均称自己未出境,是其他二人或三人出境去缅甸走私毒品。叶称是刘出境向缅甸彭荣吉购买,刘称只是送钱到云南,董、叶、苏三人出境,李未提到出境。且各被告人口供没有如何走私毒品

之具体事实经过。

不知原判关于走私毒品 54 块、18900 克是怎么确定的，是被告人称出来的，还是鉴定出来的？

6.关于运输，各被告人关于毒品走私出境后如何运输的说法也是各不相同，走的路线、人员、什么方式等均不相同。

7.关于犯罪工具，大多称烫金机滚筒，也有的称铁管子，数量不一，来源不同，有的称董某某老家带去的，有的称路上捡的，有的称缅甸带回来的。

而苏某某则称在福建特意订做了一个贩毒专用大皮箱。

共同的一点是，谁也没有见过所谓烫金机滚筒，公、检、法部门也未见过，更不用说出示该物证，哪怕是样品。

8.关于毒品贩卖交易过程，有的称卖给了董，有的称直接卖到陆丰。到底谁去陆丰，怎么卖给下家，卖价又如何得知，如何结算及根据什么结算？

董也自称卖给了陆丰张某某(住陆丰市站前街 118 号)，在陆丰新新旅社交易并分赃。叶称卖给姓林的老板。

起诉书也作了卖给陆丰张某某的认定。

但据本辩护人前往陆丰实地调查，在陆丰市公安局配合下，查实无“张某某”其人，在城建委规划部门配合下，查实无“站前街”，更谈不上 118 号，在工商局配合下，查实无“新新旅社”。

可见全属无稽之谈，不幸原判仍以被告口供认定贩往陆丰。

9.关于分赃地点，有的称在董某某家，有的称在陆丰新新旅社，有的称在李某某家。

10.关于分赃数额，有的称各人分得几千元，有的称各人分得几十万元，大小不等。

按照原审的逻辑，只要承认去过缅甸购毒，就可定走私；只要承认卖掉了，就可定贩毒，至于犯罪具体事实、证据等则都无关紧要，时间、地点、人物、过程、价格、金额都可以忽略，但是离开了上述具体情节，还有什么事实可言？

(二)从各被告人口供本身的确实性看，形式和内容均不真实

1.关于叶某某口供

(1)内容虚假

叶某某口供称他与“下堡村董某某、北凹村李某某”等贩毒，但叶某某自己身为下堡村人，应非常清楚董不是下堡村人，也应非常清楚下堡村没有董姓人家，而李某某也不是北凹村人。

因此,"下堡村董××"这样非常不合情理的话应该不是叶本人所述。

没有结伙过程,且与其他供词不能印证。

叶出资5000元,却分得27万元,利润达54倍,依据何在?照此逻辑,董出资5万元,岂不应得270万元?

(2)来源可疑

据某县公安局关于本案的破案报告称,在1994年6月,某县公安局缉毒队在协助云南省永德县公安局调查某籍毒犯时,获悉董某某有贩毒行为,遂破案,云云。

该报告所称纯属胡编,因为当时叶已被云南临沧地区中级法院一审判处死刑,不存在永德县公安局侦查一说,更不存在邀请某县公安局协助调查一说,永德县公安局缉毒队段某某的书面证词已否定了这种虚假说法。

而讯问人林某某当时也不是去昆明侦查,而是与某县公安局及县的部分领导或干部在云南考察,临离开昆明时,林某某受考察团某人之托,独自一人持介绍信前往永德县探望叶。

且当时某县公安局并未立案,林的行为不是侦查行为,该证供不是侦查所得。

该口供1994年6月3日取得后,如此大案,既未当即向云南当地公安部门移送,也未展开侦查,而在长达半年之后才收审了一个董某某,未抓其余涉案人员,也是非常不合情理。

(3)形式不合法

整个供词只是提审人林某某一人自己问自己记,既没有陪同人员永德县公安局段某某的签名,口供中叶的签名经鉴定不是叶本人所签(叶某某本人系初中文化)。《刑事诉讼法》第95条规定,犯罪嫌疑人应当签名或者盖章,侦查人员也应当在笔录上签名。

整个笔录缺乏规范笔录的程式,没有讯问人的自我身份介绍及关于讯问性质的介绍,没有讯问叶在云南所犯罪行的情况,而是矛头直接指向董某某。

(4)该叶在云南一案的所有讯问笔录及判决书中均没有关于本案的任何供述或线索

因此,该口供存在伪造的重大嫌疑。

2.关于李某某、苏某某口供

(1)李、苏认罪口供系诱供产生,在某县检察院提审时已推翻有罪供述;

(2)李某某两份口供本身也存在明显自相矛盾;

(3)苏某某口供说的完全是另一个“故事”;

(4)该两犯在云南一案的所有讯问笔录及判决书中均没有关于本案的内容或线索。

3.关于董某某口供

(1)刑讯逼供是这份唯一的认罪口供产生的原因;

(2)有关贩毒内容经查属子虚乌有;

(3)本案重审判决也已否定了该有罪供述。

4.关于刘某、陈某某口供

产生原因不明,二人均当庭否认所控罪行。有关书面证供与其他证供均不能互相印证。

(三)从全案证据的充分性看,本案除被告人口供外,无其他证据

1.缺乏证人证词。

除陈某某之姐陈某一份证词外,无证人证词,该证词性质仍属同案犯口供。

尽管如此,陈某的证词并不涉及董某某。虽提及陈某某两次参与贩毒,但都在 1992 年 9 月与 11 月,而非 10 月,具体过程也不能与陈某某或其他证供互相印证。

2.无物证。

无海洛因物证,无犯罪工具物证如烫金机滚筒(哪怕是样品),无赃款物证。

3.无鉴定结论。

根据最高人民法院有关惩治毒品犯罪的司法解释,认定毒品犯罪“必须”有司法机关的毒品鉴定结论,以认定确系毒品。

本案因无物证,更无鉴定结论。

4.无有关书证。

例如能证明被告人贩毒行为的车票、住宿发票等等。

5.有关生效法律文书却否定了本案。

正如原审判决书称叶某某、李某某、苏某某因另案均已判刑,云南省高级人民法院的有关刑事裁定书证明,该三犯已判决的罪行并不是本案原审指控并认定与判处的罪行,而恰恰与本案无关;

叶在临沧地区被判刑,而李、苏在昆明被判刑,两案的判决书均没有关于本案的认定,两案的所有口供均没有关于本案的线索。

PDG

(四)从庭审质证看,被告人均否定被指控的罪行

(五)从重审程序看,没有任何新的证据

(六)侦查机关违法取证

1.对董某某存在严重刑讯逼供。

董坚持无罪的辩称,仅有的一次供认是在 1996 年 7 月 31 日,在董被侦查人员吊打两天,造成身心严重损害的情况下签字认供,即那份包括向陆丰"张某某"贩毒的口供。

原审开庭时,公诉人称刑讯逼供无证据,不予认可。辩护人当即指出,辩方无法取得证据,不等于不存在刑讯逼供的事实。作为检察机关对此严重违法行为不仅不予制止查处,反而予以庇护,是十分错误的。

况且,看守所的众多人犯都看到了董的伤情,还有董的控诉书,被刑讯逼供后 7 天,由某县政法委委托、某县法院法医作了医学鉴定。

2.对李某某、苏某某存在非法诱供。

李、苏二人曾承认所谓本案贩毒经过,但在某县检察院提审时作了澄清,指证系某县公安局有关人员诱供的结果。事实上,根本没有这回事!

3.对其他被告人均存在不同程度逼供等。

陈某某、刘某称其口供系逼供结果。

根据最高人民法院关于人民法院办理刑事案件诉讼程序的司法解释规定,如确属刑讯逼供、诱供等违法行为取得的证据,不应作为定案证据。

这样一个毒品怎么来的不清楚,怎么卖的也不清楚,充满矛盾,除了少量供词,什么证据都没有的案件;这样一个自 1994 年 12 月至今,被告人被关了 5 年零 8 个月的案件,董某先被判了死刑,后被判了无期徒刑。若这样一个莫须有的案件可以定案,则没有什么案件不能治人之罪。

(七)本案应当宣告无罪

出席本案二审庭审、履行法律监督职能的浙江省人民检察院检察员在对本案的基本认识上与辩护人、与浙江省高级人民法院有关刑事裁定书是一致的,即本案事实不清、证据不足。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百六十二条第(三)项规定:"证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。"

本案已经发回重审一次,没有任何新的证据,却仍然判处被告人无期徒刑。辩护人认为,再次发回重审,不仅没有任何意义,不利于案件的正确解决,而且会造成案件无限延长或不了了之,对公民合法权益造成严重损害。

而本案三上诉人在押将近六年,他们还要被关押多少年,才能获得应有的公正呢?本案证据严重不足,不能认定被告人有罪,是一起重大冤假错案。本案重审在缺乏新证据的情况下,重新判决被告人无期徒刑违背了法律规定与浙江省高级人民法院有关刑事裁定,理应依法宣告被告人无罪。

审理判决

一审法院认定,董某某和另5人1992年10月"集资20余万元","合伙出境走私海洛因54块"共"18900克",由董某某贩卖,"共得赃款120多万元"。温州市人民检察院指控罪名成立。辩护人辩称认定董某某犯罪的证据不足,各被告人之间的供词不能相互印证,取证方法不合法的辩护理由不足,不予采纳。于1997年5月7日作出(1997)温刑初字第40号刑事判决书,依法判决:董某某犯走私、贩卖毒品罪,判处死刑,剥夺政治权利终身。董某某不服,上诉至浙江省高级人民法院。1998年10月5日,浙江省高级人民法院作出(1998)浙法刑终字第1997-402号刑事裁定书,认为原判认定事情不清、证据不足,裁定撤销温州市中级人民法院(1997)温刑初字第40号刑事判决书,发回温州市中级人民法院重新审判。温州中院经过审理后,认定董某某犯走私、贩卖毒品罪,贩毒数量仍是"18900克",仍不采纳辩护人事实不清、证据不足的辩护意见。2000年4月30日,温州市中级人民法院作出(2000)温刑初字第85、86号刑事判决书,该刑事判决书再次认定董某某犯走私、贩卖毒品罪,判决无期徒刑,剥夺政治权利终身,并没收个人全部财产。董某某再次表示不服。浙江省高院经审理认为,原判认定被告人董某某、刘某、陈某某伙同他人共同走私贩卖毒品的事实不清、证据不足。被告人董某某、刘某、陈某某与同案人叶某某、李某某曾经供认的犯罪情节各不相同,不能相互印证,后同案人叶某某、李某某又推翻了前供,被告人董某某曾经承认走私贩卖毒品的供述系刑讯逼供所致;本案唯一证人的证言,与本案被告人董某某、刘某、陈某某及同案人叶某某、李某某曾经供认的情节也不能相互印证,本案又无任何物证。出庭的检察员、辩护人均认为本案事实不清、证据不足,并提出不能定案的意见,予以采纳。浙江省高院于2001年2月9日作出(2000)浙法刑终字第339号刑事裁定书,再次裁定撤销温州市中级人民法院(2000)温刑初字第85、86号刑事判决,发回温州市中级人民法院重新审判。温州中院经审理认为,公诉机关当庭列举的被告人董某某、刘某、陈某某、同案人叶某某、李某某原来在公安侦查阶段的供述等及证人陈某的证词证据不足,不能证实起诉书指控的犯罪事实,被告人董

某某、刘某、陈某某及同案人叶某某、李某某的供述在出境购毒者、个人投资额及分赃数额等多处存在不一致,不能互相印证。公诉机关指控的罪名不能成立,被告人董某某及其辩护人的辩称予以采纳。温州中院于 2003 年 1 月 25 日作出(2003)温刑初字第 29 号刑事判决,判决董某某无罪。

经典评析

1. 诉讼时间长

董某某于 1994 年 12 月 14 日因涉嫌贩毒被刑事拘留,同年 12 月 27 日被收容审查,1996 年 10 月 4 日被逮捕,至 2003 年 1 月判决无罪释放,历时 8 年之久。

2. 案情疑难、过程复杂

董某某先被温州市中级人民法院判决死刑,浙江省高级人民法院裁定发回重审后,再次被判决无期徒刑,浙江省高级人民法院第二次发回重审,董某某最终被判决无罪,予以释放。刑事案件经历两次发回重审实属罕见。

3. 判决结果具有极大反差性

温州市人民检察院提起公诉后一审被判处死刑,最终证据全部被否定,董某某获得无罪释放。

4. 社会影响大

董某某一案在当地群众中引起了强烈反响,也引起了新闻媒体的高度关注。2002 年 4 月 15 日,《瞭望》新闻周刊在第 16 期上率先以《莫须有的死刑案为何迟迟不能纠正》为题,披露了这起历时 8 年的冤案,文章措辞激烈,厉声责问:“如此莫须有的案件,为什么长期难以得到纠正?其背后深层次的原因到底是什么?”此后,《青年时报》、《杭州日报》也相继披露了这一罕见的错案。

5. 律师坚持八年辩护,最终获得成功

唐国华律师受董某某家属的委托,自 1996 年底起担任董某某的辩护人,自费多次前往云南、广西、温州等地调查取证,掌握了大量的第一手资料。董某某被一审判处死刑后,唐国华律师积极为董某某上诉抗争。浙江省高级人民法院采纳了唐国华律师的辩护意见,认为本案证据严重不足、已有的证据自相矛盾,而且存在刑讯逼供及伪造口供等严重问题,先后两次将本案发回重审。2003 年 1 月 25 日,在本案的第五次审判中,终于被宣告无罪。董某某从死囚重新获得自由。

PDG

正常拆迁补偿，岂能定性为贪污

——童某某被指控涉嫌“贪污”案

吕思源　吕　俊*

案情简介

某某市某某区人民检察院指控被告人童某某、施某某、郑某某犯贪污罪。公诉机关认为，被告人童某某、施某某在分别担任孝顺镇党委书记、孝顺镇镇西开发办主任期间，利用分管及主管孝顺镇镇西开发办的职务之便，伙同被告人郑某某，经共谋采用隐瞒事实、虚报冒领的手段非法占用公款，应以贪污罪追究其刑事责任。一审某某区人民法院判决童某某犯贪污罪，判处有期徒刑十年；施某某犯贪污罪，判处有期徒刑十年；郑某某犯贪污罪，判处有期徒刑七年。

三被告人不服上诉，二审某某市中级人民法院认为“原审判决认定三被告人共同贪污公款的事实不清，证据不足。同时，一审还存在违反法律规定的诉讼程序的情形”，依法裁定撤销一审判决，发回重审。

某某区人民法院重审查明认为，“公诉机关指控的贪污部分事实基本清楚，有证据证实”，仍以初审判决再判。

在本案的重审二审阶段，吕思源、吕俊先后分别和吴正南律师共同担任童某某的辩护人，为童某某依法作了无罪辩护。

在此期间，吕思源上京邀请高铭暄、陈光中、梁华仁、吴志攀、陈兴良、张泗汉等我国著名刑法学家对本案作了论证，专家们一致认为童某某三被告人不构成贪污罪。吕俊和吴正南出庭严肃指出本案“贪污子虚乌有，取证刑讯逼供”的事实。

2006年9月21日，某某市中级人民法院经重审认为“三被告人及辩护

* 吕思源：男，毕业于浙江师范大学，从事刑事、经济、行政等领域的诉与非诉业务，专职律师。
吕　俊：女，毕业于浙江师范大学，从事刑事、经济、行政等领域的诉与非诉业务。

人所提不构成贪污罪及与本院查明事实相符的辩解及辩护意见，本院给予采信”。

争议焦点

童某某等三人是否构成贪污罪。

控方认为被告人童某某、施某某和郑某某的行为已构成贪污罪。

辩方则认为童某某等三人不构成贪污罪。下面是辩方的主要观点：

(一)没有程序的公正，必然没有实体的公正

本案是实施酷刑、刑讯逼供，程序严重违法的典型案件。

1.刑讯逼供，法律明禁。

人类进入文明社会以来，对刑讯逼供行为，法律都明令禁止。我国的法律和法规明文规定禁止刑讯逼供，国际上还缔结了《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，将刑讯逼供上升为“酷刑”，明令禁止。

2.本案刑讯逼供行为，铁证如山。

本案是否存在刑讯逼供行为，事实如铁。

本案有提讯登记证明提审三天三夜事实；有三被告人在无串供条件下的供述证实被刑讯逼供的事实，如三天三夜中不给睡觉、限制吃喝、反铐受讯、“车轮战”疲劳受审等等。

那么，上述这些行为是否构成刑讯逼供的行为性质，这只要对照法律，便一目了然：

三天三夜不准睡觉，应认定为“酷刑”。什么是酷刑？《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第一条第一款做了规定：“酷刑是指为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所为或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。”该《公约》第四条还规定：“每一缔约国应保证，凡一切酷刑行为均应定为触犯法律”，并“加以适当惩处”。举世闻名的俄国生物学家巴甫洛夫曾对两只狗作了实验：一只狗关着不给其吃饭，但让其睡好觉；一只狗关着让其吃饱，但不给其睡觉。试验到第七天，不给吃饭的狗仍活着，不给睡觉的狗死了。可见，对于人和动物的摧残，不给睡觉的摧残是十分严重和危险的，因此，这三天三夜不准睡觉的行为对照《禁止酷

PDG

刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》是酷刑（我国已于1988年10月4日批准该公约，同年11月3日，该公约对中国生效）。同时，上述行为对照我国有关法律的规定，便是变相的肉刑！

什么是肉刑和变相肉刑？所谓肉刑，是指对被害人的肉体施行暴力，如吊打、捆绑、殴打以及其他折磨人的肉体的方法。所谓变相肉刑，是指对被害人使用非暴力的摧残和折磨，如冻、饿、烤、晒等。

在刑讯方法上出现使用肉刑和变相肉刑，轻则应作出政纪处罚，重则应追究刑事责任。

被告人在这三天三夜不仅受这"不准睡觉"的严重摧残，而且还受到下述行为的摧残：其一，押到特讯室途中头上套上黑头套，只留两个鼻孔可吸气（注意：这使我十分震惊，太平世界，朗朗乾坤，堂堂检察机关，怎么能学"黑社会"方式押人?!），使被告人恐惧，这便是对被告人的心身摧残！其二，限制吃喝，三天三夜，只喂过三四次水；只给吃过五六次小号方便面，这亦是对被告人的心身的摧残！其三，反铐受审，三天三夜，这当中除了小便外，其余时间都反铐着，这亦是对被告人心身的摧残！其四，三天三夜，两组四人连续审讯，打车轮战、疲劳战，这亦是对被告人的心身摧残！

上述这些行为，综合作用于人，对人的身体健康和精神健康是多大的摧残与损害！

上述这些行为都是法律明令禁止的行为，《刑诉法》第43条规定："……严禁刑讯逼供……"《刑诉法解释》第61条规定："严禁以非法方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。"因此，原审和重审一审的某某区法院根据这些刑讯逼供非法取得的所谓"证据"给被告人定罪，显然是错误的！

3.控方已承认了两点实施"变相肉刑"的行为事实：第一，控方承认了"三天三夜连续审讯"的行为事实，本案以前的庭审中，针对辩护律师提出长时间讯问和为什么反铐审讯的问题的辩解反证了这一事实。控方辩称："对刑拘后的审讯时间法律没有规定。"（见庭审笔录）控方这辩解，恰恰反证了控方也承认了三天三夜不给被告人睡觉，连续审讯，打疲劳战的事实。

第二，控方承认了"铐着审讯"的行为事实。控方辩称："铐着被告人是为了安全。"这辩解之谬在于，被告人既无反抗和自伤的迹象，又非涉嫌暴力犯罪，何用铐之?！同时，亦已反证了控方承认三天三夜铐着审讯的事实！

4.拒交全程同步录像，再次反证刑讯逼供事实的客观存在。

PDG

在被告人均提出刑讯逼供的问题，辩护律师亦向法院申请调取全程录像的情况下，控方如果没有实施刑讯逼供行为，为什么不拿出来以证明自己没有实施刑讯逼供行为呢?! 这一拒交行为，亦只能推定刑讯逼供行为的客观存在，因此，控方只能承担法律规定举证不能的不利后果!

其实，控方的拒交理由是不能成立的。因为，设立审讯全程同步录像的目的就是为防止受讯对象翻供和对审讯人员的监督。因此，根据本案出现的三被告人均翻供和三被告人均称控方人员刑讯逼供的情况，无论从证实被告人翻供无理的角度，还是从控方人员应受到监督(注意:法律面前人人平等，没有不受法律监督的特殊公民)的角度看，控方都只有将全程同步录像交给法院组织质证(质证是否同步制作、有无时间跳跃、有无内容删改，被讯问人的行为、表情是否正常等等)的角度，没有拒交的任何理由!

控方如果再拒交，再审二审法院应根据三被告人受刑讯逼供的供述，采信三被告人的供词，排除刑讯逼供所取的所谓证据，同时，提请纪检部门审查!

(二)无据定罪，有罪推定，错控错判

“以事实为根据”的办案原则，说到底就是要求“重证据、凭证据”办案。那么，本案的证据如何?

1.从“证据获取手段”看本案证据:本案没有一个足以给被告人定罪的证据，亦就是本案对被告人指控定罪零证据!

为什么说“定罪零证据”? 请看本案事实:

第一，本案除了刑讯逼供取得的三被告人的“有罪”供述之外，其他任何证据都不能证明童某某等三被告人有罪! 这是任何人也无法否定的客观事实。

第二，从上述第一点事实看，对本案被告人的指控和定罪，唯一的证据就是童某某等三被告人被刑讯逼供所作的所谓“有罪”供述(注意:且是违法藏匿了童某某等三被告人“无罪”供述之后的“精选”的“有罪”供述)。而根据法律规定，以违法手段获取的证据，不具合法性，应予排除。因此，本案赖以给童某某等三被告人定罪的所谓“有罪”证据，均是以违法手段取得的，均应依法排除，不应采信，所以说本案“定罪零证据”!

2.从“确实、充分”的证据标准看本案证据:控方违法获取的三被告人所谓的“有罪”供述及有关证据，亦不具备“确实、充分”的证据的证明标准。

《刑诉法》第162条第一款规定:“案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决。”根据这一规定，我国刑事诉讼

PDG

的证据的证明标准是“证据确实充分”。“确实充分”对证据体系从“质”和“量”两个方面提出了要求，是“质”和“量”的结合与统一。从“质”的角度而言，要求证据必须“确实”，证据确实是指证据具有客观真实性；从“量”的角度而言，要求证据必须“充分”。证据充分，是指具有证明力，足以证明待证事实。证据“确实充分”表明证明结果是排他性的、完全确实的客观事实。“足以证明”表明证据体系具有：相互印证性，即证据之间应当相互印证，能够相互支撑、相互说明；不矛盾性，即证据之间、证据与事实之间、证据与情理之间，不应存在不能解释的矛盾；证据的闭合性，即证据之间、证据与事实之间、各事实要素之间环环相扣，不出现断裂，以保证各个环节均有足够的证明；证明结论的唯一性，即在对事实的综合认定上结论应当是唯一的，合理排除了其他可能。

用证据体系的“事实充分”、“足以证明”的证明标准的“四性”要求，对照本案证据显然不符合“四性”要求：

第一，对照证据体系的“相互印证性”要求：

本案用以“定罪”的所谓证据，完全不符合这个要求。

本案所谓“密谋”问题，三被告人的所谓“有罪”供述中，已出现“时间不一”、“地点不一”、得赃款额度供述不一及因果不一的现象，而一个真实有效的证据，必须符合“五何”要求，即何时、何地、何人、何事、何因果，而三被告人供述之间已有“四个”要素不一，显然不具“相互印证性”，显然不符合证据的证明标准，不能作为认定“密谋”的依据。

第二，对照证据体系的“不矛盾性”要求：

本案所谓“得赃” 问题，三被告人被刑讯逼供所作的所谓“有罪”证据，三人有三种说法：

童某某“供认”：自己得赃 6 万元，施某某得赃 10 万元，郑某某得赃 1 万元；

施某某“供认”：自己得赃 8 万元，童某某得赃 6 万元，郑某某得赃 3 万元。

郑某某“供认”：自己得赃 2 千元，余款 16 万元都给了施某某。

这样三人三种说法完全矛盾的所谓“供述”，显然是在难以忍受刑讯逼供的重重折磨情况下的胡编乱诌，显然不符合“不矛盾性”要求，显然不符合证据的证明标准，不能作为认定三被告人私吞 17 万余元的证据！

在此，我们不禁产生这样一个难以排除的大疑问：贪污是以非法占有公共财产为出发点和归宿的。若三被告人真的要共谋贪污，怎么连这个“出发

点"和"归宿"的核心问题都不商定呢？怎么会出现"密谋"中只字不提的情况呢？若真的得过赃款，怎么会出现三个人截然不同、差距甚大的说法？若真有其事，连三岁孩童也不会说错分到几颗糖的！

第三，对照证据体系的"闭合性"要求：

由于本案的证据矛盾重重，无法相互印证与连接，根本无法形成一个完整的证据链，因此，不符合证据体系的"闭合性"要求。

第四，对照证据体系的"唯一性"要求：

由于本案证据存在上述的"不印证性"、"相互矛盾性"及"不闭合性"，因此也无法得出唯一的结论，从而不具备证据体系的"唯一性"要求。

正因为本案存在如此不能作为定案的依据的客观事实，所以两级法院三度审理，对本案的事实和证据的认定出现了如下情况：

原一审的某某区法院认定本案：事实基本清楚，有证据证明。

原二审的某某市中院认定本案：事实不清，证据不足。

重审一审的某某区法院对此避而不谈，不作结论。

上述的不同情况，明白无误地告诉人们：

原一审称"事实基本清楚，有证据证明"的结论，只能证明原一审法院不敢下"事实清楚"的结论，故在其中加了"基本"两字，不敢下"证据确实充分"的结论，故只得写成"有证据证明"，而这种结论是完全不符《刑诉法》第 162 条规定的定罪的法定要求的！

原二审法院就是根据本案事实，对照《刑诉法》第 162 条规定的法定要求，客观、公正地作出"事实不清、证据不足"的结论的！

重审一审法院在某某中院撤销原判，发回重审后，应该更清楚地看到本案在事实和证据上存在的严重问题，故而避而不谈，不作结论，这也是判决书中少见的！是执法极不负责任的表现！

（三）童某某的行为，不符贪污罪的构成要件

1. 与本罪的客观方面要件不符。

本罪在客观方面表现为利用职务之便，侵占、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

本案的指控和两次一审判决均认定：2003 年 8 月，被告人童某某、施某某、郑某某经密谋（或称共谋），采用隐瞒事实、虚报冒领的手段非法占有公款 17 余万元，其行为已构成贪污罪。该认定被告人的构罪的客观方面表现为"隐瞒事实、虚报冒领"，非法占有，也就是表现为"骗取"的行为特征。其实，根据本案的全部证据，根本不能证明被告人的行为符合上述特征。

PDG

第一,综观本案证据,不仅不能证明"隐瞒事实",恰恰只能证明三被告人的行为是公开的:

①商量是正常公开的商量。

其一,从身份看,是正常的公开的:参加会议的童某某是当时的孝顺镇党委副书记,施某某是分管镇西开发区的主要领导人,郑某某是拆迁涉及村的村委主任又是拆迁已受影响的人,这三人商量是正常的、公开的。

其二,从商量的内容看,均为涉及拆迁事宜,亦属正常的、公开的。

其三,从地点看,在办公室,且门是开着的,送茶的同志可以随时进出,且送茶的同志还称听到其中几句,这都证明是正常的、公开的!

因此,本案证据证明不了非法的"密谋"(或共谋)。

②列"清单"和附"清单"是正常、公开商量的公开"延伸"行为。

其一,"清单"给郑某某的170935元已单列为一条(第11条),并单列了A.一层厂房(东)600m^2×200元,计120000元;B.厂房基础(西)600m^2×60元,计36000元;C.围墙166米×90元,计14935元等三项细目,标明得如此详细,是特殊青苗等无法混同的,亦是与其他人的厂房无法混同的,给郑某某就是给郑某某的,这也足以证明是正常的、公开的。

其二,有书证(领款凭证)证明:施某某在该凭证背书了:"附清单,请审批"字样;该书证的正面有徐双弟的批示:"同意付款"的字样。而施某某的供述当时是附了"清单复印件"的(见原二审庭审笔录),而张某某、徐双弟等人的证言称:没有看到清单,事实上所谓附的是《报告》而不是清单。

面对这针锋相对的两组证据,孰真孰假,应当是一目了然的:

A.法定的证据效力:书证高于言证。控方和某某区法院凭什么以张某某、徐双弟等人的言证否定书证。

B.控方称三被告搞"清单"是为了作为将来应付检查之用,此是无据的推测,而推测是不能作为证据的!

C.本案的"清单"问题,推不出"只附报告不附清单"的结论:

首先,施某某在财务凭证上背书了"附清单,请审批"字样,这是无法否定的铁的事实。

其次,对此笔款有五个审批环节,徐双弟等人作为审批的人员,又不是文盲,不认得"附清单"三个字,如果附的是《报告》而不是"清单",在审核批准过程中,不可能不发现,定会要求将《报告》更换成"清单","附清单"三个字是对审批款项用途的特殊而重要说明,不可能没有看到和不要求更换的情况,因此,有"附清单"三个字,应推定为附有清单(注意:这还有同一天两

PDG

张发票，另一张 148 万元的凭证，施某某也背书“附结算清单”，而实际也附了清单，可间接证明本案财务凭证上当时也确实附了清单的），这是正常的合理推定。

再次，既然财务凭证背后有“附清单”字样，尔后不见了清单，这不能反推当时没有附清单。因为，这无法排除所附清单的复印件的两种去向的可能：一是遗失的可能，二是故意被抽掉的可能。更何况，童某某和施某某均称：其后在财务资料中还看到过清单的复印件，故前述两种可能更无法排除。

我们上述推定是合法的无罪推定。而控方认为“没有附清单”和清单是为了应付将来检查之用的说法，既违反“书证效力高于言证效力”的证据规则，又是违法的“有罪推定”的结果，而“有罪推定”是法律所禁止的！因此，控方想用“没有附清单”来证明三被告人“隐瞒事实”的结论，是完全站不住脚的！

③郑某某领钱是公开的。虽然郑某某没有给村会计凭证，但不能据此认为郑某某领钱是隐蔽的。请看事实：

其一，出纳方金银知道领了这笔钱；

其二，村副支书傅某某和村民知道郑某某领了这笔钱。傅某某的证言，详细地证明了他曾多次去镇里要求解决特殊青苗款的问题，后知道郑某某领了这笔钱，并向镇里反映过。

上述足证郑某某领这笔钱是公开的，假如郑某某真的是与童某某、施某某合伙贪污的，敢这么公开领款吗？显然不能。我们这个推定是合法的“无罪推定”，而控方抓住郑某某收款不出具凭证就推定其“隐瞒事实”（注意：事实上，郑某某收款不出具凭证的行为，绝不能掩盖前述他公开领款的行为和方金银、傅某某知道他领了这笔厂房拆迁款的事实！），构成贪污，又是使用违法的“有罪推定”的结果！

综上可见，本案三被告人对郑某某的拆迁补偿款从商量、审批（附清单）、领取（郑某某这 17 余万元）的三个根本环节上都是正常的、公开的，根本不存在控方指控的“隐瞒事实”的情形，绝不能以言证否定书证，以点（郑某某无收款凭证）代面，管中窥豹，作有罪推定！

第二，综观本案证据，不能证明“虚报冒领”的事实：

①本案不存在“虚报”问题：

什么叫“虚报”？没有事实而虚构事实为虚报。

但本案根本不存在此情况！

PDG

其一,郑某某厂的围墙已被拆了20米,客观存在;

其二,郑某某的12间厂房被"叫停"(叫其停建),客观存在;

其三,张某某也承认这"叫停"是他通知的("我发现郑某某的厂房在施工……我就叫童某某通知郑某某停建");

其四,"叫停"原因(因按规划要拆迁部分)和其后因下水道问题而暂不拆迁的原因,均是镇里引起,显然应给予补偿,这也是客观存在;

其五,镇委张某某书记以郑某某厂在拆迁红线之内,要求童某某通知郑某某停建厂房,证明郑某某厂部分在拆迁范围内,客观存在;

其六,从道路实际情况看,第一期30米的工程已完毕,但新路要与老路对接,必须拓宽,拆迁郑某某厂房只是时间问题,这亦是客观存在。

这些客观存在充分证明本案给郑某某的钱,不是"虚报"!

至于这笔钱先付(拆迁前付)后付(拆迁后付)、多付少付(可以按实际结算,可以多还少补),均与"虚报"无涉,更与贪污无涉!

至于控方和金东法院称:经测绘,这笔钱还不到赔偿给郑某某厂预计损失的一半。他们均想以此来证明"虚报"的事实。对此,我只能掩口葫芦,控方和金东法院怎么能将"部分拆除"和"全部拆除"混为一谈呢?凭此一点,就能反证错控错判!三被告人根据规划拆除的部分预计付款,不把按规划不拆除的部分厂房的损失计算在内,这更证明了三被告人的实事求是的态度和行为,控方和金东法院怎么将三被告人的实事求是的行为作为"虚报"的依据呢?!这真是南辕北辙!如此办案,焉能不谬?!

至于所谓郑某某在拆迁时可以再领一笔补款问题,第一,郑某某领款是公开的,绝对不可能再领;第二,即使可"再领",也仅仅是一种推测,不能作为定案证据。

②本案不存在"冒领"问题:

什么叫"冒领"?领取非属于自己的钱物,叫"冒领"。本案根本不存在这种情况。

"清单"虽未标明郑某某的厂房,但已标明"厂房围墙拆除拓宽"(这里少了"道路"两字),并且列明了三条细目,且是因道路延伸与拓宽被拆除了20米围墙和"叫停"(令其停建)的事实。出现上述这种情况,只有郑某某一家厂,这是绝对"排他"的,不可能产生其他厂的误认,确指就是郑某某的厂,因此郑某某领的是他的厂的拆迁费(包括预支的),郑某某不是领别人厂的拆迁费,因此,从内容看,从领款人的身份看,都不存在"冒领"问题。

第三,关于"赃"问题。控方称:到郑某某领出款时,贪污罪已经构成。

还称:赃款去向问题不影响贪污罪的构成。

我们亦可以坦言,凭上述“虚报”、“冒领”不存在,贪污罪就不能成立了。但我们还是要剖析“赃”问题,以进一步证明指控“贪污”,子虚乌有!

①“赃”,是行为人意图非法占有的目的物,是行为人的出发点和归宿,将其与定罪割裂开来,显然不当。因为,不以得“赃”为目的,谈何非法占有的故意,谈何构成贪污罪?!

②本案在“赃”的问题上,存在许多足以影响定案的问题:

其一,假如三被告人真的有共谋贪污的商量,那么为什么不商量“分赃”的问题?!

其二,假如三被告人真的有共谋贪污问题,为什么会出现一手转一手的随意给予,且三被告人被刑讯逼供的供词中会出现供述的得赃额有三种说法,且三人在解除刑讯词逼供后都作出相反的辩解?!

其三,假如三被告人真的得了款,为什么经查实,被刑讯逼供供述的赃款去向均一一被事实所否定?!

对这一个个问号,在控方至今没有确实充分的证据作出否定的情况下,只能认定本案三被告人根本没有实施共同贪污的行为!

2.与本案的主观要件不符。

在被刑讯逼供的供述中,童某某虽然说:“因为当时我和施某某买地资金都很紧张,缺钱用,所以想利用这种方法套取公款。”又说:“其实不是我买的,是我姐姐要买地,资金很紧张,我才会这样做的。”(2005年3月23日讯问笔录P6第6—7行)

童某某在2005年3月31日被讯:“你们套取这17万元左右钱时,你是怎么想的?”童答:“心里想把这笔17万元左右钱套取来买土地的,当时大家都想如果出事情就说郑某某厂拆迁赔偿款,不出事就我们拿来用了,说到底我们都想占为己有的。”

但这些供述已被如下事实否定:

第一,童某某称“为姐姐买地缺钱而套钱”之说,已被事实而否定,这样,童某某供述产生“套钱”想法的基础没有了,因此此说法已成为“空中楼阁”,不足以凭,何况此证系刑讯逼供非法取得,更应排除!

第二,2005年3月31日童某某被讯,童为了能获取“取保候审”仍不敢向控方人员“翻供”,即便如此,将童此话一分析照样立不住脚:

其一,童某某称“为姐姐买地缺钱而套钱”之说,已被查明的事实而否定。

其二，按童说“如果出事了就说郑某某厂房拆迁赔偿款，不出事就我们拿来用了，说到底我们都想占为己有的”。或许，控方认为拿到这样的证据就是证明被告人的主观故意的“铁证”了。其实，即便童某某当时屈招，亦恰恰只能证明被告人“非法占有”的主观故意不存在。

为什么？从童某某这句话存在“两种性”的矛盾，就不能证明其“非法占有”的主观故意。因为，第一种情况“出事了”，而郑某某已公开领钱，是绝对无法再领到补偿款的，且从童这话中也不存在郑可以领两笔钱的想法，因此，就必须将这笔钱给郑某某，这样，童与施就不存在占有这笔钱的问题了。既然存在两种可能性，怎么又能得出“说到底我们都想占为己有”的结论呢?!

其三，郑某某其后供述：我没有把钱给童某某和施某某，更反证了童某某当时关于“主观故意”的供述是虚假的！

综上所述，童某某亦不具备构成贪污罪的主观方面要件，故而童某某不构成本罪！

审理判决

某某市某某区人民法院一审判决认定公诉机关指控的贪污部分事实基本清楚，有证据证实，认为被告人童某某、施某某在分别担任孝顺镇党委书记、孝顺镇镇西开发办主任期间，利用分管及主管孝顺镇镇西开发办的职务之便，伙同被告人郑某某，经共谋采用隐瞒事实、虚报冒领的手段非法占用公款，其行为已构成贪污罪，判处被告人童某某和施某某有期徒刑十年，郑某某有期徒刑七年。后因原审认定三被告共同贪污公款的事实不清，证据不足，同时原审还存在违反法律规定的诉讼程序的情形，浙江省某某市中级人民法院裁定撤销原判，发回重审。发回重审后，某某区法院判决结果和被撤销的原审判决一样。之后，被告人上诉至某某市中级人民法院，中级人民法院审理后，撤销了浙江省某某市某某区人民法院部分判决，并改判被告人童某某、施某某和郑某某犯挪用公款罪，其中被告人童某某和被告人施某某免予刑事处罚，被告人郑某某被判处有期徒刑二年。

经典评析

贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。从主体而言，童某某、施某某两人属于国家机关工作人员，郑某某虽然不具有典型的国家工作人员身份，但如果在上述二人构成贪污罪的前提下，亦有构成共同犯罪的可能。从客观方面和

主观方面而言,证据却不确实充分,并不能认定他们故意骗取非法占有公共财物。第一,童某某等人的行为并不符合“骗取”的行为特征。骗取是指行为人利用职务之便,采用合法的形式,虚构事实或隐瞒真相,非法占有公共财物。本案中,行为人在支付款项的事上是经过汇报的,并没有隐瞒,也存在客观真实的事由来支付该款项,童某某三人的行为既没有虚构事实,也没有隐瞒真相,因而不符合该特征,不存在“骗取”的行为。第二,款项的去向也影响贪污犯罪的构成。在贪污罪中,赃款的去向是证明犯罪构成要件的证据,缺少了它就无法排除其他合理的怀疑,就无法达到确实充分的程度。在本案中,三人对所得赃款的数额供述不一致,赃款去向也被证据所否定,去向不明,并没有被查清,从而也无法证明什么,这些不明直接影响了这三人犯罪行为的成立。第三,本案的证据材料并没有达到法律要求的证明标准。本案中,办案人员存在刑讯逼供,公诉人员长时间地使用械具进行讯问,所以在关押期间童某某等三人所作的供述并不能采信,根据我国非法证据排除规则,应当予以排除。且本案中的证据也不能相互印证、相互支撑、相互说明,中间的矛盾也无法解释和排除。所以童某某等三人的行为并不符合贪污罪的构成要件,不能构成贪污罪。



全案仅有两指纹　孤证不能定案

——王某被指控涉嫌"盗窃"案

吕思源　吕　健*

案情简介

2003年,A地发生了一起重大盗窃案,一家皮尔卡丹专卖店的所有皮鞋和服装被盗,价值12万余元。警方通过侦查后,将目标锁定在B地的一个贵人鸟经销商王某身上。该经销商勤俭持家,为人老实本分,一贯口碑很好,难道他真的是盗窃犯?最终,警方还是逮捕了王某。

接着,A地检察院将盗窃案起诉到法院,法院开庭审理了此案,在开庭过程中,控辩双方激烈地辩论,控方出示了有关的证据,最主要的证据是一份指纹鉴定报告,证明被丢弃在案发现场的皮鞋盒上有两个指纹与王某的指纹比对一致,另有一份测谎报告显示王某对本案案情了解较深。辩方吕思源、吕健认为,在本案中,没有任何直接证据能够证明王某实施了犯罪。王某本人陈述,他从未去过A地;指纹鉴定的真实性受到质疑,即使指纹鉴定是真实的,也不能证明王某实施了犯罪;测谎报告由于其具有不稳定性,不能作为证据使用。因此,吕思源和吕健为王某作了无罪辩护。

争议焦点

本案争议的焦点是王某是否构成"盗窃罪"。

控方认为:被告人王某以非法占有为目的,采取破锁、套门的手段秘密窃取公民数额特别巨大的财物,其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百六十四条之规定。犯罪事实清楚,证据确实充分,应当以盗窃罪追究其刑事责任。

---

* 吕思源:男,毕业于浙江师范大学,从事刑事、经济、行政等领域的诉与非诉业务,专职高级律师。
吕　健:女,毕业于浙江师范大学,从事刑事、经济、行政等领域的诉与非诉业务。

PDG

辩方则认为被告人王某不构成盗窃罪。具体辩护意见如下：

(一)《起诉书》存在的问题

1.《起诉书》写道："经审查查明：2003年11月8日夜，被告人王某窜至A县城关镇，以破挂锁、套开卷闸门的手段进入工农路13号的意大利皮尔卡丹A专卖店，盗走店内服装、皮鞋等物品，总计价值120585元；同年12月8日在B地将王某抓获归案。"

但综观全案证据，该所谓"查明"之说，存在四大问题：

(1)《起诉书》称查明"被告人王某窜至A县城关镇"，但证据呢？全案没有一个证据证实。那么，无据证明，怎么能认定"查明"呢？这是违反"重证据"的办案法定原则的。

诚然，控方会说：有指纹鉴定足以证实。其实，这不能证实，这只是凭所谓的"指纹鉴定"推定王某的行为，但须知，"推定"是不能作为定罪证据的！

(2)《起诉书》称查明王某"以破挂锁、套开卷闸门的手段进入工农路13号的意大利皮尔卡丹专卖店"，但证据呢？同样全案材料没有这方面的任何证据，足证控方又是在凭"指纹鉴定"推定认定，而法律规定"推定"是不能作为证据的。即使案中有上述行为的存在，也不能证明是王某所为。

(3)《起诉书》称查明王某"盗走店内服装、皮鞋等物品"，但证据呢？仅凭一个所谓"指纹鉴定"，且"指纹鉴定"本身就不可能100％正确(对此在下文详述)，在无其他证据互相印证的情况下，是不能作为定罪依据的。

(4)《起诉书》称查明的被盗物品为服装和皮鞋，总计价值120585元。但自古云："捉贼捉赃，捉奸捉双。"而失窃的是服装和皮鞋，价值12万余元的服装和皮鞋，足足有一个货车可装，绝非偷12万元现金那么便于携带、便于藏匿，要盗走也必须用汽车运，那么用什么车运？运往何方？藏于何处？且王某又不会开汽车，是与谁合伙盗走的？汽车启动有声音，当时案发现场旁边居住的人是否有听到？地上留下什么汽车轮胎的痕迹？而本案案发至今已有6个月零3天了，上述一系列应查明的证据一个也没有，难道能说本案查明了吗？

前述可见，本案事实根本未查明。

2.《起诉书》称"认定上述事实的证据如下"，而这些证据恰恰不能证明《起诉书》对上述事实的"认定"。现逐一剖析如下：

(1)书证：被告人王某的身份证明，抓获经过等。这只能证明王某是一个合法的公民，只能证明他被抓的经过，不能证明抓"对"了。

(2)吴某某等人的证言，显然与本案指控王某盗窃无相关性，更谈不上

证明王某犯罪。

(3)俞某某的陈述,充其量只能证明其报案的情况,亦不能证明王某犯罪。

(4)王某的陈述始终如一,陈述自己连A地都没有去过,且控方至今只有以“指纹鉴定”的“推定”来否定王的陈述,而“推定”是不能作证据的。

(5)“估价”和手印鉴定结论。该《估价》仅仅只能根据报案人的报案物来估价,本身缺乏真实性,更无相关性,而“指纹鉴定”本身不可能100%真实,缺乏真实性、科学性,在无其他证据相佐证的情况下,不能作定罪证据。

(6)现场勘验等笔录。只能证明现场情况,不能证明是王某所为。

总之,仅凭一个“指纹鉴定”是无法证明《起诉书》的“认定”是正确的!

(二)指控王某犯盗窃罪证据不足

盗窃罪,是指以非法占有为目的,秘密地窃取数额较大的公私财物的行为。要证明王某犯有盗窃罪,必须具有充分的证据加以证实,形成完整的证据链,才能定罪。要证明构成盗窃罪必须具备如下证据:①失主的报案材料(即被害人的陈述);②犯罪嫌疑人的陈述;③赃款赃物的去向证明材料(包括言证和物证、书证等);④现场勘验笔录;⑤赃物的估价和痕迹鉴定结论等等。而本案仅有被害人的陈述,现场提取的指纹鉴定和赃物的估价,既没有犯罪嫌疑人认罪的陈述,也没有赃款赃物的去向证明材料,而且全案直接指向被告人的证据仅两个所谓的“指纹鉴定”,而这所谓的“指纹鉴定”,又与前述的被害人陈述及所谓的“赃物估价”无内在的必然联系,不能相互印证,亦即属于孤证。在这样的情况下,认定被告人犯盗窃罪,显属证据不足。下面详细分析如下:

1.指纹鉴定的不可靠性。

本案唯一指向被告人的证据即两个指纹,A县公安局对该指纹进行鉴定后,在A公刑技痕(2003)第59号手印鉴定书中写道:“2003年11月24日,将上述两枚指纹送省厅指纹中心进行分别比对,其中现场指纹编号为330624010200311000609,经检索比中犯罪嫌疑人王某,捺印指纹条形码为00137392。经人工复核检验,现场指纹与王某左手环指纹相似,二者纹线流向一致,特征反映稳定。所找到的十六个细节特征位置、形态、方向、距离、相隔线数及各个细节特征间的相互关系均相一致,反映了二者本质的同一性,二者认定同一。”在A公刑技痕(2003)第42号手印鉴定书中写道:“其中现场指纹编号为330624010200311000610,经检索比中犯罪嫌疑人王某,捺印指纹条形码为00137392。经人工复核检验,现场指纹与王某左手小指

纹型相似，二者纹线流向一致，特征反映稳定。所找到的十四个细节特征位置、形态、方向、距离、相隔线数及各个细节特征间的相互关系均相一致，反映了二者本质的同一性，二者认定同一。”由此可见，现场指纹与王某的指纹只能得出两者“相似”的结论，而《鉴定》认定“同一”，显然不具真实性和科学性。虽然在鉴定中对 14～16 个细节特征部位进行了对比，但是要区别两个指纹，哪怕有再多的相似处，只要有一点细微的差别，这就是两个不同的指纹。因此，不能说这两个指纹就是王某留下的，只能说与王某的指纹很相似。

虽然该两个指纹是通过计算机比对得出的，由于计算机处理指纹时，只是涉及了指纹的一些有限信息，而且比对算法并不是精确匹配，其结果也不能保证 100% 准确。指纹识别系统的特定应用的衡量标志是识别率，主要由两部分组成，即拒判率和误判率。拒判率越高，误判率越低；反之，拒判率越低，则误判率越高。我们不知道鉴定部门的比对采用了何种拒判率和误判率，但有一点是肯定的，即误判率不可能为零，即不可能没有，它必然是客观存在的。因此，指纹识别系统存在着可靠性问题，执法和司法机关在适用指纹鉴定时，必须要遵循“宁可放过一个坏人，不能冤枉一个好人”的原则(即无罪推定的原则)否定之，只有在其他证据确实充分并与其相互印证的情况下，才能作为定罪的依据。

2002 年 1 月，美国一位联邦法官作出了一项石破天惊的裁决：指纹鉴定不是科学。美国最高法院对证据的解释，显现出了指纹鉴定的一些缺陷。造成“指纹鉴定”不可靠性的原因有三：其一，论点无据。高尔顿所说的“640 亿人中才能找到一对特征完全相同的指纹”，一直没有得到科学数据的有力支持，亦即为无论据支持的论点，而无论据支持的论点是无法成为正确的论点的。其二，客观限制。在犯罪现场获取的指纹印记通常不完整，是一些指纹片段。其三，主观限制。绝大多数在犯罪现场获取的指纹印记是“模糊的”，需要用化学方法进行处理或用紫外线进行辐射后才有可能辨认，与资料库中清晰印记相比准确性有多高就得打个问号。在美国，指纹鉴定的平均出错率高达 20%。因为“指纹鉴定”是“求同鉴定”(即多少代表点的相同)，如本案各选了 14 个和 16 个代表点，这“求同鉴定”是不具绝对“排他性”的，别说只有 14 点和 16 点相同，就是有更多点相同，亦不具绝对排他性，只有“求异鉴定”才具有绝对“排他性”，两个指纹只要有一处不同，就必定不是同一个人。而本案是用“求同鉴定”的，是不具绝对“排他性”的。因此，指纹鉴定并非万无一失，它必须结合其他证据才能作为定罪的证据。

2.即使指纹鉴定可靠也无法认定王某盗窃。

即使该指纹鉴定可靠,它只能证明王某接触过该鞋盒,而无法证明王某进行过盗窃行为。虽然证人俞某某、吴某某称,顾客无法直接接触到鞋盒,因此公诉机关认为在正常情况下,被告人王某无法接触到鞋盒,只能在非正常的情况下接触到鞋盒。那么非正常的情况下是否就是指盗窃的情况呢?其一,两者显然不能画等号。其二,侦查机关推定王某非正常接触也是无据的。而"推定"是不能作为证据的。因此本案单凭两个指纹,没有任何的相关证据,是无法认定王某盗窃的。

3.本案疑点重重。

(1)王某经营鞋庄十年,生意不错,从未有过违法行为,家中有妻有女,生活安定,王某为何要盗窃?本案缺乏作案动机条件。

(2)在现场提取了指纹十枚,为何仅两枚送往鉴定?其余的八枚为何不作鉴定?

(3)如果确系王某盗窃,为何在现场只留下两个指纹?试想,如果王某带着手套作案,应当在现场没有留下任何指纹;而如果他没戴手套作案,那么现场应当到处都是他的指纹,也不会只留下两个指纹,而且还是最不容易留下指纹的环指和小指。

(4)所谓"捉贼捉赃",赃物和赃款的去向,是盗窃案中必须证明的内容,也是证明其犯罪的有力证据。而本案中,如此整卡车的赃物竟不知去向。

(5)要盗窃如此巨额财产,又属异地作案,一般情况下,一个人根本无法完成,王某是如何进行踩点,又是如何在不会开车的情况下独自一人完成该项复杂的盗窃的?对于这些问题,公诉机关都没有作出回答,而这些在本案中都是起码应当弄清楚的问题。

(6)控方举证中的王某的陈述与其妻的证据相互印证,控方未有任何否定的证据。王某在供述中始终如一地陈述自己未进行过盗窃,从未到过A地;他的妻子的证言与他的陈述相互印证,也证明了他从未去过A地,也不会开车。公诉机关也没有证明王某到过A地的证据以否定王某王某妻互相印证的证据。

(7)指纹只在可移动物上,为何固定处没有指纹,本案没有现场固定物上的痕迹证据:如门上、墙上没有指纹,就连较大件的可移动物——如货架上也没有所谓王某的指纹,地面上也没有所谓王某的鞋印。而众所周知,皮鞋盒是极易携带的东西,它可以在作案时被留下指纹,也可以在其他地方被接触到留下指纹,因此,只有在固定物门、墙、地面等不可移动处留下痕迹,

PDG

才能确证王某到过现场,到过A地。光凭这鞋盒上留有两个所谓王某的指纹是不足以证明王到过A地、到过现场的。

(8)我方提供的《流水账本》记载了王某所开的鞋庄每天卖出皮鞋的流水账,该账是每天记录的,具有连贯性和真实性,且大部分是王某所记,它证明了王某天天都在鞋庄从事经营活动,其中2003年11月8日的卖鞋"流水账"也是王某所记。不信,可作笔迹鉴定。王某又无"分身术",怎么可能他人在B地,又能到A地作案呢?因此,足证王某根本没有时间进行盗窃。

(9)根据买买提的证言,案发当天晚上12点多,他看到三个年轻人在皮尔卡丹专卖店门口坐着,是坐在台阶上抽烟聊天的,具体讲些什么听不清楚,到了凌晨1点多,他们还没走。这三个年轻人是非常可疑的,侦查机关查了没有?是如何排除的?

综合上述情况,仅凭两个指纹,认定王某犯盗窃罪,显属证据不足。我国《刑诉法》规定,在没有被告人认罪陈述的情况下,证据必须确实充分,才能定罪,本案没有被告人认罪的陈述,其他证据又只有两个指纹,证据显然不足,依法不能认定被告人犯罪。

(三)本案侦查不到位,辩方提供证据线索,建议法院查核,以便查明案情

被告人有无作案时间,对一个盗窃案来说,应该是一个重要的调查内容。可是,综观控方所举的证据,均未很好调查王某于案发当天及当晚做什么,只是笼统地查问:到过A地没有?当王某反复肯定未到过A地的情况下,侦查机关理应到B地向其邻居及有关人员调查,查证王某案发当天及当晚的去向,可是,本案侦查机关除只把王妻叫到B地孝丰镇派出所询问取证之外,根本就未向B地当地邻居等有关人员调查,这不能不说是一个很大的缺陷。

为了不枉不纵,查清王某有无作案时间的问题,我们向贵院提供5份调查线索材料。为保证反映线索的保密性,故我们当庭不宣读这些线索的证明人的姓名和内容,直接交呈贵院,请贵院定夺。

审理判决

在庭审后,辩方通过努力,获得了一些线索,证明王某有可能在C地接触过该鞋盒。辩方迅速将该线索提供给检察院,检察院在调查后,基本确认了这一事实,从而解开了谜团。检察院向法院撤回了起诉,法院裁定同意检察院撤诉。

经典评析

在本案中，王某究竟有否实施盗窃行为，成为本案的一个焦点。我们认为，从主观方面来说，没有任何证据能够证明王某具有实施盗窃的主观故意，本案是一个"零口供"案子，王某始终明确表示自己从未去过案发地；同时，我们也向法院提供了有关线索，证明王某在案发当天还在店里卖皮鞋，而他要在没有任何交通工具的情况下，在夜里神不知、鬼不觉地从相距四小时车程的异地偷回一卡车的皮鞋和衣物，第二天又照常卖皮鞋，这显然是不合逻辑的。从客观方面来说，也没有任何的证据能够证明王某实施了盗窃行为，控方认为最有力的一个证据就是鞋盒上的两个指纹，但是，凭这两个指纹能否对王某定罪呢？显然不能，因为鞋盒是一个流动物，有机会接触鞋盒的人，不一定就是实施盗窃行为的人，控方试图证明在该鞋卖出之前，除店员外，他人无法接触到该鞋盒，这种证明本身是存在漏洞的，而且后来，我们又向控方提供了有利的线索，证明了王某正是在去进货时，遇到了也去进货的被害人，无意中接触了该鞋盒，从而解开了这个"指纹"之谜。

在盗窃案审理中，只要有指纹鉴定证明涉及指纹与送检指纹"同一"，几乎都被定罪，何况本案还有测谎证明：被告人对案件情况知之甚深，可谓是"双保险"，定罪无疑。

可是，经两辩护人辩护，控方不得不撤回起诉并又退侦一个月后，通知其家属对被告人"取保候审"，最后又解除了取保候审。这种起诉后的"撤诉"、"退侦"、"通知"、"解除"实为"无罪"的代名词，但又给侦控机关以台阶下，或许这就是中国司法的特色吧！

关键证据对案件定性的影响

——彭某故意伤害案

申柱石　李俊凤*

案情简介

2005年1月24日8时许,被告人熊某在浙江省湖州市于家漾小区13号楼施工时,因争夺沙浆与该小区12号楼三楼做工的安徽籍民工陈某某、苏某某等人发生口角。陈某某等数人从三楼冲到12至13号楼间地下车库的顶部平台与熊某发生扭打。熊某被数人殴打致头部出血。正在13号楼干活的被告人彭某见状,即从13号楼地下车库临时宿舍取来菜刀一把赶至现场,参与打架的其他安徽人见状向12号楼逃去,熊某即抱住陈某某,彭某用菜刀朝陈某某头部、臀部砍了三刀,同时将一旁劝架的方远亚右手腕部砍伤。陈某某挣脱熊某逃至12号楼内。彭某、熊某追入12号楼内,后逃离现场。陈某某从12号楼一室内楼梯的二楼半平台坠至一楼水泥地面,被他人送医院抢救,终因遭锐器砍击头部、高坠致严重颅脑损伤、失血性休克,经抢救无效死亡。被害人方远亚右手腕部造成轻伤。两被告人在侦查阶段曾供述,在12号楼三楼看见被害人陈某某,陈某某自己滚到二楼半平台,两被告人及熊某弟弟熊大双合力抬起被害人,将其抛下至一楼。但随后在审查起诉阶段,两被告人及熊大双皆推翻此前的供述,否认将被害人抛下至一楼。

湖州市中级人民法院一审判决认定,被告人彭某与熊某犯故意伤害罪,判处彭某无期徒刑,剥夺政治权利终身,判处熊某有期徒刑五年。判决后,湖州市人民检察院提出抗诉,认为一审判决定性错误,两被告构成故意杀人

---

* 申柱石:男,毕业于浙江大学国际经济法系。主要从事涉外民商事诉讼非诉讼、国内民商事、刑事诉讼业务,专职律师。

李俊凤:女,毕业于吉林大学研究生院民商法专业。主要从事民商事诉讼非诉讼、行政、刑事诉讼业务,专职律师。

罪而非故意伤害罪。浙江省高级人民法院开庭审理，本律师作为彭某的指定辩护人为彭某出庭辩护。

争议焦点

本案争议焦点在于：第一，被告人彭某、熊某构成故意杀人罪还是故意伤害罪。第二，被告人熊某是否构成从犯。第三，一审量刑是否适当。

公诉人认为：从现场勘验笔录、被告人的供述、证人证言等几个方面验证，两被告及被告人熊某的弟弟熊大双在12号楼三楼看见陈某某后，将其推倒滚至二楼半平台上，又将其抬起抛至一楼水泥地面，因此两被告对被害人实施了杀害行为，构成故意杀人罪。

辩护人认为：两被告人此前供述，曾实施将被害人抛下至一楼的行为，但被告人现均不承认实施抛掷行为。现场勘验笔录上，也没有被告人抛掷行为痕迹的记录，公诉人从现场勘验得出被告人实施抛掷行为均是主观推理，没有直接的证据。证人证言中，没有任何一个证人看到被告人实施抛掷被害人的行为。因此，公诉人指控被告人犯故意杀人罪不成立。被害人安徽民工对本案的发生有不可推卸的责任，被告人彭某系初犯、偶犯，归案后认罪态度较好，有悔改表现，应维持原判。

审理判决

二审法院经审理认为：被告人彭某、熊某实施故意伤害行为的事实有被害人方远亚等证人证言、现场勘验笔录、法医学尸体、活体、DNA检验报告，及提取的作案凶器菜刀等证据证实。两被告也分别供述在案，证据之间可以相互印证。抗诉机关认为，被害人死亡系刀砍、坠楼等多种因素导致。被害人坠楼是否与被告人的行为有关联不能确认。抗诉机关要求改定故意杀人罪的理由不能成立。

熊某紧紧抱住陈某某，使彭某砍中陈某某，熊某在共同犯罪中所起的作用大，抗诉机关认为熊某不构成从犯的理由，予以采信。

两被告构成故意伤害罪，犯罪情节严重，应依法予以惩处，但鉴于本案起因系民事纠纷引发，被害人在起因上有一定过错等原因，可对两被告人从轻处罚。彭某的二审辩护人要求维持彭原判量刑，及抗诉机关和出庭的检察员要求增加熊某量刑的理由成立，予以采纳。

浙江省高级人民法院判决：撤销原判中对被告人熊某的量刑部分，维持其他部分，被告人熊某犯故意伤害罪，判处有期徒刑十一年。

经典评析

本律师接受指定担任被告人彭某的辩护人后，立即查阅复制的本案的证据材料，会见了被告人彭某。对证据材料作了全面的分析，并对检控机关可能提出的理由一一作了分析和回应。

律师注意到本案的几个关键问题：第一，没有任何证人看到被告人在12号楼里对被害人的行为。第二，被告人曾经在侦查机关供述，曾将被害人从二楼半抬起抛向一楼，但在审查起诉阶段，被告人翻供，并陈述开始的供词是在刑讯逼供及诱导之下作出的。第三，本案的起因是民事纠纷，且被害人等安徽籍民工等先动手打人，存在过错。第四，被告人原本是没有任何前科的农民工，主观恶意小。

庭审时，检察官主要对本案定性作了大量的证据的分析，要求按照故意杀人罪定罪处罚。但本律师抓住关键的一点，就是虽然有大量的推理性结论，并且被告人的供述也存在矛盾，但是并没有确切的证据证明被告人实施了抛掷行为。而其中最关键的一点：直接目睹被害人陈某某受伤后躺在12号楼的二楼半平台上的证人看见被害人的时候，陈某某独自一人躺在二楼半，身边没有任何人，陈某某是静态的，并且头部搭在平台边缘，一半悬空。而检察员根据被告人曾经的供述认为：被告人在三楼看见被害人将其推下至二楼半，接着被告人将他抬起抛下至一楼。这里出现了矛盾，证人看见被害人时没有看见被告人，但被告人如果实施了推下、抛掷等连续行为则必然会被证人看见，即证人看见被害人在二楼半的时候，被告人也同时应该在场。这点矛盾使证人证言和被告人曾经的供述出现了矛盾，证人证言如果为真，则被告人供述必然为假；如果证人证言为假，则被告人供述为真。但是被告人供述却不可能单独作为定罪量刑的依据，并且也没有证据证明证人证言可能为假。本律师在辩护词中着重对此进行了分析和阐述，法官同时也注意到了这一点，由此没有认定被告人实施抛掷行为，对本案的定性起到了关键性作用。

由本案得出一点，刑事审判中，证据是最为关键的，而对定性量刑起关键作用的证据和证据的相互印证更是关键中的关键。律师的作用就是在证据中找出事实的真相，以真实的事实作为定罪量刑的依据，这也应是每个法律人应当遵从的准则。

在纪委交代能否认定为自首?

——朱某某受贿案

胡红星*

案情简介

某某县人民检察院指控,2000年至2004年,被告人朱某某在任某某市副市长、政协某某市委员会副主席,兼任某某市工业城开发建设指挥部指挥期间,利用职务上的便利,为他人承接工业城建设工程、安排企业用地谋取利益,非法收受贿赂人民币185000元、美金5000元,其行为构成受贿罪。

争议焦点

在庭审中,辩护人提出,朱某某在被"双规"审查时能自动到案,并能主动如实交代自己的全部犯罪事实,其行为符合最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定,应认定为自首。

审理判决

法院认定公诉机关指控的受贿罪名成立,同时采纳辩护人关于自首的辩护意见,依法予以减轻处罚,结合被告人归案后认罪态度较好,可酌情从轻处罚,最终判处被告人有期徒刑7年。一审判决后,检察机关认为自首不成立而提出抗诉,二审法院经审理,维持原判。

经典评析

本案的事实部分没有任何异议,关键在于自首的认定,检察院在起诉书中并没有认定被告人有自首行为。

我国《刑法》第六十七条规定:犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。

---

* 胡红星:男,毕业于北京大学,主要从事刑事法律服务领域,专职律师。

按照司法解释规定，对于公安机关通知后，犯罪嫌疑人到案的也应该视为自动投案，而本案中被告人是在接到组织部的电话通知，而不是纪委通知，就自动到组织部、再到纪委归案，当然应视为是自动到案。

犯罪嫌疑人在投案后，必须如实供述自己的罪行，这是自首的最本质特征。本案中，检察院出具的证明中写道："……市纪委对其谈话期间能主动交待自己的全部犯罪事实"，证明体现了两点：其一，证明明确被告人是在市纪委对其谈话期间主动交代，没有明确一定是在双规后交代的；被告人在交代了全部犯罪事实后没几天时间，纪委就将他移交检察院。其二，被告人是主动交代、且交代了全部犯罪事实。

综上，被告人的行为已经符合自首的条件，应当认定为自首。

PDG

酒后驾车　后患无穷

——记首例西湖隧道重大交通事故案

梅　宁*

案情简介

2005年10月21日零时35分，杭州西湖隧道发生了一起重大交通事故。犯罪嫌疑人吴××酒后驾车，从西湖隧道由南向北行驶至距隧道出口200米处，因车体碰撞上隧道左侧护墙板后翻车，而造成同车乘员张××当场死亡。因该起事故是西湖隧道通车两年来首起重大交通事故，受到了各大媒体的高度关注。

争议焦点

杭州市上城区人民检察院起诉认为，被告人吴××驾驶雅阁轿车，因在限速路段上超速行驶，且在醉酒状态下不能正常安全驾驶的情况下，在超上右侧车道行驶的桑塔纳轿车时，致使轿车碰撞上隧道左侧护墙板后翻车，造成同车乘客张××被甩出车外并挤压，颅脑损伤而当场死亡，直接经济损失61550元人民币。该事故经现场勘察及调查，被告人吴××负全部责任。其行为违反了交通管理法规，触犯了《中华人民共和国刑法》第一百三十三条，以交通肇事罪追究其刑事责任。

被害人张××的家人向法院提起了刑事附带民事请求，要求吴××及其所在单位共同赔偿死亡赔偿金、交通费、误工费39.2335万元，精神抚慰金6万元，共计45.2335万元。

本律师在接受犯罪嫌疑人的委托后，对案情进行了初步了解和深入调查。在对案件作了具体分析后发现两点：(1)当事人知道当时的车速的确比较快，但他没有看见隧道的限速标志所以不确定自己到底是否超速，也就是

---

* 梅　宁：男，毕业于浙江大学，主要从事刑事、民商业务领域。

说事故隧道没有限速标志。在交警部门的认定中也证实,被告人是在没有限速标志的道路上超速行驶的。这就表明被告人在驾驶汽车的过程中是否超速应当适用有关城市道路限速的一般标准,而并非适用特殊标准。根据我省的有关规定,在市区道路上的一般限速为60公里/小时,当事人是否超速行驶就需要交警部门根据事故现场的痕迹勘验和计算予以结论。在本案中,交警部门及公诉机关递交的证据中,并没有这一证据。故本律师认为,不能认定本案当事人在行驶过程中有超速行为。(2)委托人当时确实是酒后驾车,但造成被害人死亡的另一个原因是被害人当时平躺在副驾驶室且没系安全带,增加了本次事故的严重后果。《道路交通安全法》第五十一条规定:机动车行驶时,驾驶人、乘坐人员应当按规定使用安全带。而被害人不系安全带的行为是对自己安全隐患的放纵。而且被害人当晚和委托人同在一起喝酒,明知委托人酒后仍让他驾车,是对危害后果的放任。虽然这两点不可以构成免除被告人的责任,但可以请求给予被告人减轻处罚。于是本律师结合被告人有较好的认罪和悔罪态度,至2000年6月12日取得驾驶证,已有5年多驾龄,极少违反《交通管理规定》。归案后都能如实交待事实,未有任何隐瞒,并多次表示对自己的行为感到后悔和愧疚。同时也对被害人的家属表示歉意,愿对其作出经济赔偿。请求法院给予被告人缓刑处罚。

关于被害人家属提起的民事赔偿请求,本律师认为赔偿金额偏高。根据被害人家属提供的证据结合相关法律规定的赔偿标准,赔偿金额为18.4530万元左右,维护了委托人的合法权益。

审理判决

杭州市上城区人民法院审理认为,案情属实,事实清楚,证据充分,被告人吴××的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一百三十三条,已构成交通肇事罪。但鉴于被告人能如实供述犯罪事实,认罪态度较好,且自愿对被害人家属作出经济赔偿,采纳了本律师的辩护意见从轻处罚,判处被告人吴××有期徒刑两年缓期三年执行。

在民事赔偿上,经本律师向被害人家属努力协商,对其进行法律法规上的解释,最终达成了民事调解书。由被告人吴××和其所在单位共同承担经济赔偿18万元。

经典评析

本案实为较常发生的交通事故案件,但因其发生地点的特殊性——西

湖隧道,且事故车辆翻车造成一人死亡,而引起了社会媒体的关注。同时,由于杭州是一座历史文化名城,又是休闲度假胜地,加之市政府一直提倡创建文明城市。故本案对广大市民特别是喜欢喝酒泡吧的市民有很大的警示作用。而作为辩护人的本律师,能在办案过程中一丝不苟,从一起普通的交通肇事案中抓住一些较小的疑点(即当事人在行驶过程中是否存在超速问题等),不仅从法律上为当事人提供了帮助和便利,保护了委托人的合法权益,并间接为交警部门完善道路上的标志标线、加强其执法严肃性、避免执法漏洞提供了法律上的指导意见。同时,本律师的法律意见得到了办案法官的共鸣,完全采纳了本律师的辩护观点,对当事人适用了缓刑。

另外,在民事赔偿部分,本律师抓住证据要点据理力争,使得赔偿额最终降到了 18 万元整,并得到被害人家属的谅解。其间,本律师还和肇事车辆所在单位进行协商,在没有保险公司赔偿的情况下,由单位出面分担了一半赔偿费用,充分体现了律师的扎实谈判功底。委托人及其家属对本律师的办案过程十分欣赏,并对案件结果非常满意。

PDG



行政篇





房屋评估结果未委托鉴定，拆迁行政裁决程序违法

——蒋某诉某市建设局房屋拆迁行政裁决纠纷案

孟德荣*

案情简介

原告：蒋某

被告：某市建设局

第三人：某市城市建设投资有限公司

2003年12月9日，某市城市建设投资有限公司（以下简称投资公司）因某市严州大道（桥东段）建设及道路沿线旧城改造需要，经某市建设局（以下简称建设局）审批取得拆许字（2003）第7号《房屋拆迁许可证》，获准对桥东路、电视路等范围房屋及附属物实施拆迁。建设局发布的房屋拆迁公告规定的搬迁期限为2003年12月10日至2004年3月31日，拆迁期限自2003年12月10日至2005年12月9日止。蒋某所有的房屋坐落于桥东路11号，该房屋建成于1993年，建筑面积31.38平方米，用途为商业，土地使用性质为划拨用地。因被拆迁人蒋某与拆迁人投资公司无法达成拆迁补偿安置协议，拆迁人投资公司于2005年9月5日向建设局申请房屋拆迁行政裁决，在申请书中提出如下补偿安置方案：（1）货币补偿：被拆迁房屋评估价167893元，商业用房10%的补助16789.30元，四个月的过渡费381.72元，合计补偿金额185064.02元；（2）严州大道（桥东段）工程的安置房中有部分商业用房，蒋某可优先购买，价格为5000元/平方米。

建设局受理后，依法进行了调解，在调解过程中被拆迁人蒋某对评估结果提出异议，认为评估价太低，并提出拆一赔一原地安置商业房。拆迁人投资公司仍坚持裁决申请中提出的补偿安置方案。因调解未能使双方达成一致意见，建设局遂于2005年10月8日依据《浙江省城市房屋拆迁管理条

---

* 孟德荣：男，浙江大学法律本科，专业从事建筑与房地产业务、行政法业务，专职律师。

例》第十七条、第三十条、第三十一条、第三十八条、第四十九条之规定，作出建设房字(2005)159号房屋拆迁行政裁决。裁决内容为：

1.被拆迁房屋以货币补偿形式安置：①被拆迁房屋建筑面积31.81平方米，依据2003年度《某市实施〈浙江省城市房屋拆迁管理条例〉若干规定的补充规定》进行评估，计金额167893元；②商业用房再给予10%的补助即16789.30元；③临时安置费，根据《某市实施〈浙江省城市房屋拆迁管理条例〉若干规定的补充规定》支付过渡费4个月，即2000元。总计补偿金额186682.30元。

2.严州大道(桥东段)工程的安置房中有部分商业用房，被拆迁人可优先购买，价格为5000元/平方米，待新房竣工后房款交清房屋交付使用，商业用房优先购买面积为31.81平方米左右，通知交房款期限为3天，超过期限作自动放弃处理。

3.搬家补助费600元。

4.被拆迁人在接到裁决书之日起20日内搬迁腾空新安江街道桥东路11号房屋，交由拆迁人拆除。

被拆迁人蒋某不服拆迁裁决，向某市人民法院提起行政诉讼，本人作为原告代理人参与本案一审、二审诉讼。被拆迁人所有的房屋已在起诉前被强制拆除。

原告诉称：被告于2005年10月8日作出的建设房字(2005)159号房屋拆迁行政裁决证据不足，适用法律错误，且违反法定程序，请求判决撤销建设房字(2005)159号房屋拆迁行政裁决。原告在起诉后向法院申请调取被告核发拆迁许可证时第三人向被告提交的拆迁计划、拆迁方案、拆迁补偿资金证明等证据材料。

被告辩称：位于本市桥东路11号房屋，建筑面积为31.81平方米，属原告所有，因城市建设需要，该房屋已列入拆迁范围。拆迁人及拆迁行政主管部门进行了宣传动员，按照法定程序确定了评估机构并对被拆迁房屋进行了评估，评估结果进行了公示，拆迁双方当事人进行了多次协商，始终未能达成协议，拆迁人申请裁决，被告根据《浙江省城市房屋拆迁管理条例》及某市人民政府的补充规定，作出房屋拆迁行政裁决，裁决的安置方式、标准均符合规定要求，被告所作具体行政行为事实清楚，证据充分，有事实依据和法律依据，要求维持建设房字(2005)159号房屋拆迁行政裁决。

根据被告提供的证据及法院依原告申请调取的证据，原告在庭审中提出：被告向第三人核发拆迁许可证及准许延长拆迁期限不符合法律规定；根

据被告举证，原告房屋是否在拆迁范围不明确；被告确定评估机构不合法；被告在未达成拆迁补偿安置协议户数较多的情况下，未进行听证径行受理，程序违法；被告在原告对评估结果有异议时未委托专家评估委员会鉴定，程序违法；原告要求以产权调换方式进行安置补偿，但被告裁决以货币补偿形式进行安置补偿，剥夺了原告的选择权，系适用法律错误；被告裁决遗漏了非住宅房屋拆迁造成停产、停业引起的经济损失补助；被告裁决中优先购买的房屋尚未建成，根本不可能评估，每平方米5000元的价格没有依据。

被告在庭审中辩称：在对原告房屋进行评估时已充分考虑因停产停业而引起的经济损失，根据规定可不再对停产、停业的损失另行补偿；原告对评估结果有异议，但未在规定期限书面提出重新评估，其异议不能成立；因原告房屋所处位置系道路建设范围，原告要求就地安置客观上无法实现，故对原告实行货币补偿方式安置符合相关规定，不属于剥夺原告选择权。

第三人在庭审中述称：被拆迁人的房屋在严州大道改造工程拆迁范围是明确的，在评估房价时，评估机构工作人员到现场进行过踏勘，要求判决维持被告所作的行政裁决。

争议焦点

1. 被告向第三人核发房屋拆迁许可证行政行为的合法性是否属于本案审理范围；

2. 原告的房屋是否属于拆迁范围；

3. 被告受理拆迁裁决申请的程序是否合法；

4. 被告未委托专家评估委员会对原告提出异议的评估结果进行鉴定，程序是否合法；

5. 裁决采用货币补偿形式进行拆迁补偿，适用法律是否正确；

6. 安置用房优先购买及价格确定有无依据；

7. 造成停产、停业引起的经济损失补助是否遗漏。

审理判决

某市人民法院认为：被告作为城市房屋拆迁行政主管部门有权依据当事人申请对房屋拆迁补偿安置作出裁决。被告向第三人核发房屋拆迁许可证行政行为的合法性不属于本案审理范围，原告就此所提异议不予采纳；被告在发布拆迁公告时，未公布拆迁红线图以界定拆迁范围，有失周详，应予指正，但本案拆迁双方当事人对原告房屋属拆迁范围的事实均予认可，故原告所提异议不能成立；严州大道改造工程涉及拆迁集体土地上房屋，其总体

拆迁计划及安置方案中的被拆迁人人数并非城市房屋拆迁许可证确定的被拆迁人人数，原告关于未达成协议的被拆迁人比例较高，受理裁决申请前未进行听证，受理程序违法的意见，缺乏依据，不予支持；被告在召集拆迁双方当事人就拆迁补偿安置进行调解过程中，被拆迁人对评估结论明确提出异议，而被告未按建设部《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》第十条的规定委托专家评估委员会进行鉴定，其行政行为程序违法，拆迁行政裁决内容与评估结论有关部分依法应予撤销；另，裁决第二项供选择优先购买的房屋无具体位置，优先购买价格的确定也无依据，该项裁决内容应予一并撤销；鉴于第三人拆迁行为合法，被拆迁房屋已实际拆除，故对裁决第三、四项可予维持。据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第一款第(二)项第3目之规定，判决如下：(1)维持被告某市建设局建设房字(2005)159号房屋拆迁行政裁决第三、四项；(2)撤销被告某市建设局建设房字(2005)159号房屋拆迁行政裁决第一、二项。

一审宣判后，原告不服，向某市中级人民法院提出上诉。

上诉人蒋某上诉称：被上诉人没有证据证明上诉人的房屋属于拆迁红线范围，原审法院认定上诉人的房屋属于拆迁范围事实不清；上诉人有权选择具体补偿形式，上诉人选择的是产权调换而不是货币补偿，原审法院故意回避上诉人要求产权调换的事实，判决理由中也仅认为与评估结论有关部分依法应予撤销，未明确货币补偿形式违法；原审认定总体拆迁计划及安置方案中的被拆迁人人数并非城市房屋拆迁许可证确定的被拆迁人人数没有依据，受理裁决申请前应当听证而没有听证，受理程序违法；按照产权调换方式，上诉人有权要求提供过渡期间的周转用房并应当支付两次搬迁费用，行政裁决中遗漏停产、停业的经济损失补助错误。请求撤销原审判决，撤销被诉行政行为。

被上诉人建设局答辩称：上诉人的房屋属于拆迁范围；上诉人在房屋评估结果公示期限内未以书面形式提出异议，应当视为同意；上诉人没有明确提出产权调换的要求，而是提出就地安置的苛刻要求，因被拆迁房屋所处位置系道路用地范围，客观上就地安置无法实现，实行货币安置更趋于合理；集体土地的房屋拆迁不属于被上诉人的职权范围，在总体拆迁计划及安置方案中的被拆迁人人数并非《房屋拆迁许可证》确定的被拆迁人人数，上诉人认为裁决受理程序违法无事实依据；停产、停业造成的损失应当由上诉人提供相应的证据。请求驳回上诉，维持原判。

某市中级人民法院认为：被上诉人建设局作为房屋拆迁管理部门具有

依拆迁人的申请对房屋拆迁补偿安置作出裁决的法定职权。被上诉人在召集拆迁双方进行调解时，被拆迁人对房屋评估结论明确提出了异议，而被上诉人未依照建设部《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》第十条的规定委托专家评估委员会进行评估，其行政裁决行为违反了法定程序，其裁决内容中与评估结论有关的部分应依法予以撤销，同时，其裁决第二项内容（被拆迁人优先购买房屋及其价格）既无法律依据也无事实依据，依法应予撤销；而其裁决的第三、四项并无不当，且被拆迁房屋在诉前已实际拆除，故可以维持。上诉人蒋某在诉讼程序中提出，被上诉人没有证据证明其房屋在本次拆迁红线范围内，进而主张其房屋不在本次拆迁范围，但其在行政裁决程序中，除向拆迁人提出具体的拆迁要求之外从未对此提出异议，据此可以视为拆迁双方均已默认上诉人的房屋在本次拆迁红线范围之内，另上诉人当庭所指的房屋位置确实处于拆迁红线范围之内，故上诉人的此上诉理由不能成立；上诉人认为此次拆迁应采取产权调换的安置方式，现原审法院已将裁决中货币安置的方式撤销，上诉人的相关要求可以在后续的程序中提出。综上，上诉人的上诉理由不能成立。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

经典评析

本案系城市房屋拆迁过程中，由于拆迁补偿安置问题所引发的纠纷。主要涉及如下问题：

1.《房屋拆迁许可证》的合法性是否属于本案审理范围。本案系房屋拆迁行政裁决纠纷，拆迁人在申请行政裁决时提供了《房屋拆迁许可证》、《房屋拆迁公告》，以证明拆迁行为的合法性。被拆迁人在法定时效内未对核发《房屋拆迁许可证》行政行为申请行政复议、也未提起行政诉讼。行政行为具有公定力，即使违法，在有权机关经过法定程序将其撤销之前，任何个人或组织都不得否定其法律约束力。原告在本案审理时提出的《房屋拆迁许可证》不具有合法性，而本案审查的是房屋拆迁行政裁决行为的合法性，一审法院以不属于本案审理范围为由对原告所提异议不予采纳，应当是正确的。但拆迁人在申请房屋拆迁许可时提供的建设项目批准文件、建设用地批准文件、建设用地规划文件之间相互矛盾，被告核发《房屋拆迁许可证》的合法性未必经得起司法审查，对于处理拆迁纠纷具有借鉴意义的是，被拆迁人如果对核发《房屋拆迁许可证》的行政行为有异议，应当及时申请复议或提起行政诉讼。

2.原告的房屋是否属于拆迁范围。被告在房屋拆迁行政裁决过程中，应当查明原告的房屋是否在拆迁范围内。拆迁许可证并未明确列明被拆迁的房屋，只记载以拆迁红线范围为准，而拆迁人在申请行政裁决时也未提供拆迁红线图等相关证据，因此被告在行政裁决审核资料过程中存在瑕疵。一审法院认为被告在发布拆迁公告时，未公布拆迁红线图以界定拆迁范围，有失周详，应予指正；而二审认为上诉人在行政裁决程序中，除向拆迁人提出具体的拆迁要求之外从未对此提出异议，据此可以视为拆迁双方均已默认上诉人的房屋在本次拆迁红线范围之内，另上诉人当庭所指的房屋位置确实处于拆迁红线范围之内，故上诉人的此上诉理由不能成立。一审法院指出的是核发拆迁许可证时存在的问题，而二审法院从行政裁决程序切入，并在庭审中进行调查核实，裁判理由更加充分。

3.被告受理拆迁裁决申请的程序是否合法。根据建设部《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》第五条第一款第(七)项的规定，拆迁人申请行政裁决时应当提交“未达成协议的被拆迁人比例及原因”的资料。第七条规定，未达成拆迁补偿安置协议户数较多或比例较高的，房屋拆迁管理部门在受理裁决申请前，应当进行听证。拆迁人投资公司在裁决申请中称已与 238 户签订了房屋拆迁补偿安置协议，但未提交“未达成协议的被拆迁人比例及原因”的相关资料。根据拆迁许可证记载，拆迁非住宅面积 21489.32 平方米、住宅 35858.77 平方米，第三人在一审庭审中认可被拆迁人有 643 户，该数字与法院调取的拆迁计划、安置方案中记载的 638 户基本一致，也与被拆迁房屋的面积基本相当。原告据此认为被告受理拆迁裁决申请前应当听证而未听证，受理程序违法。一审判决认为总体拆迁计划及安置方案中的被拆迁人人数并非城市房屋拆迁许可证确定的被拆迁人人数，该理由没有事实依据，也与庭审查明的事实不符。二审法院对上诉人的该项上诉理由未予评述。

4.被告未委托专家评估委员会对原告提出异议的评估结果进行鉴定，程序是否合法。一审、二审法院均支持被拆迁人提出的理由，并据此认定程序裁决程序违法，撤销行政裁决的部分内容，无疑是正确的。根据建设部《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》第十条的规定，核实补偿安置标准是房屋拆迁管理部门作出行政裁决的必经程序，只要当事人对评估结果有异议且未经房屋所在地房地产专家评估委员会鉴定的，房屋拆迁管理部门应当委托专家评估委员会进行鉴定，并以鉴定后的估价结论作为裁决依据。被告以被拆迁人未在评估结果公示后提出异议应视为同意的主张没有依据。

当然作为被拆迁人在收到评估报告后如对评估结果有异议,可以申请复核估价或另行委托估价机构评估,对复核结果有异议或另行委托估价的结果与原估价结果有差异且协商达不成一致意见的,可以向房屋所在地房地产专家评估委员会鉴定。如果在评估程序中已进行过专家评估委员会的鉴定,则行政裁决程序中无须再委托鉴定。

5.裁决采用货币补偿形式进行拆迁补偿,适用法律是否正确。根据《浙江省城市房屋拆迁管理条例》第二十八条的规定,拆迁补偿、安置可以实行货币补偿,也可以实行产权调换,被拆迁人有权选择具体补偿形式。被拆迁人在行政裁决程序的调解过程中提出拆一赔一原地安置商业房,因此被拆迁人提出的是产权调换的补偿形式,至于产权调换的安置房是否在原地应根据拆迁方案确定。裁决采用货币补偿形式,属适用法律错误,同时行政裁决引用了《浙江省城市房屋拆迁管理条例》第三十八条,而该条规定"实行产权调换的,拆迁人与被拆迁人应当结算被拆迁房屋和安置用房的差价",因此行政裁决适用的法条与行政裁决结果之间相互矛盾。需要指出的,一审法院回避上诉人要求产权调换的事实,判决理由中也仅认为与评估结论有关部分依法应予撤销,未明确货币补偿形式违法或撤销,拆迁人担心失去产权调换的权利,而采取上诉的方式请求二审法院予以明确,二审判决明确原审法院已将货币安置的方式撤销,拆迁人的相关要求可以在后续的程序中提出,从而达到了其上诉的目的。如果在一审判决中明确上述内容,拆迁人可能就不会上诉。

6.安置用房优先购买及价格确定有无依据。如采取产权调换形式,安置用房应当按照评估的价格与被拆迁房屋结算差价,而裁决的补偿方案中采取被拆迁人优先购买安置用房的方式,且购买价格 5000 元/平方米未经评估,该裁决内容既无法律依据也无事实依据,一审、二审法院均支持被拆迁人提出的理由,判决撤销。根据《浙江省城市房屋拆迁管理条例》第三十七条的规定,被拆迁地段用于同类商品房建设的,被拆迁人享有以同等条件优先购买的权利,而拆迁人提供的优先购买的房屋显然不属于该条规定的情形。

7.造成停产、停业引起的经济损失补助是否遗漏。一审中被告认为在对原告房屋进行评估时已充分考虑因停产停业而引起的经济损失,根据规定可不再对停产、停业的损失另行补偿;二审中提出应当由上诉人提供相应的证据。根据建设部《城市房屋拆迁估价指导意见》第三条的规定,房屋拆迁评估价格为被拆迁房屋的房地产市场价格,不包含搬迁补助费、临时安置

补助费和拆迁非住宅房屋造成停产、停业的补偿费，搬迁补助费、临时安置补助费和拆迁非住宅房屋造成停产、停业的补偿费按照省、自治区、直辖市人民政府规定的标准执行。《浙江省城市房屋拆迁管理条例》第四十九条规定了拆迁非住宅房屋造成停产、停业引起的经济损失由拆迁人一次性补助，具体标准由市、县人民政府规定。显然，被告的抗辩理由是不成立的，被告作出的行政裁决遗漏了停产、停业引起的经济损失补助费。至于行政裁决中商业用房再给予10%的补助，根据《某市实施〈浙江省城市房屋拆迁管理条例〉若干规定的补充规定》，系鼓励拆迁安置实行货币补偿的补助。一审、二审判决对被拆迁人的该异议均未评述，值得商榷。

PDG

行政诉讼中第三人的立场

——某某县××镇××村村民委员会诉该县国土资源局具体行政行为违法案件的评析

金君芳*

案情简介

2005年1月20日,某某县××镇××村村民委员会作为原告向某某县人民法院提起行政诉讼,状告某某县国土资源局,要求确认被告——某某县国土资源局批准李某(即我方当事人)建房一间使用××镇中山村集体土地51.3平方米,占道47.5平方米的具体行政行为违法。

事情的经过是这样的:第三人李某系××镇××村村民,1995年间,××镇为加快城镇城市化建设,对××村进行规划改造,××村村民陈某作为被拆迁户,安置在××镇利民路联建房屋,但由于他经济能力有限,两间房屋建到一层后即停工,影响了其他联建房屋的建设。××镇政府和××村村委会同意陈某将其中一间出让,并同意受让人以××村村委会和拆迁户的待遇办理有关土地报批手续。就这样,第三人李某受让了陈某的一间房屋并与××镇签订了房屋拆迁协议。1996年11月8日,第三人李某以自己的名义申请建房用地,经村、镇审核,某某县国土资源局于8月10日批准其建房一间,使用水田51.3平方米,外加道路代征47.5平方米。2003年6月30日,被告接到××村村委会举报称李某既不是其村村民,也不是拆迁户,要求国土资源局查处李骗取建房用地的行为。2004年2月16日,被告以第三人骗取建房用地为由,并根据某某县人民政府的函复,作出(2004)16号文件,决定收回第三人的土地使用权证,并注销了当时的建房用地呈报表。第三人不服,向某某县人民政府提起行政复议,县政府维持了被告(2004)16号文件的决定。

---

* 金君芳:女,1996年毕业于上海华东政法学院经济法系,专职律师。

第三人再向某某县人民政府提起行政诉讼，要求确认被告的决定违法，撤销此文件。经审理，某某县人民法院根据信赖保护原则，判决撤销被告作出的(2004)16号文件。原告在收到被告的函复后，遂提起本案行政诉讼。

此案经某某县人民法院审理，认定原告起诉超过期限，于2005年4月24日作出(2005)玉行初字第18号行政裁定书，裁定驳回原告的起诉。

争议焦点

原告某某县××镇××村村民委员会何时知道第三人李某建房一事，原告的起诉是否超过了起诉期限。

审理判决

针对此案的争议焦点，被告及第三人均认为原告的起诉已经超过起诉期限：1996年第三人以自己名义申请建房，在农村私人建房呈报表村委会意见一栏中，原告签署"同意"并加盖了公章，通过这一事实，可以非常明显地反映出在1996年的时候，原告就已知道该宗集体土地已由第三人经自己批准而使用，且在2001年3月14日，原告向被告申请要求将第三人使用的集体土地无偿转为国有土地的报告时，也反映出原告已知此事实。现原告于2005年1月24日起诉，明显超过诉讼期限。法庭充分采纳了被告及第三人的代理意见，裁定：驳回原告某某县××镇××村村民委员会的起诉。裁定下达后，原告方不服该判，依法向台州市中级人民法院提起上诉。二审法院审理后，认定上诉人已经超过了两年的法定起诉期限，裁定驳回上诉，维持原裁定。

经典评析

在行政法律关系中，一般只有双方当事人即以行政主体为一方当事人，行政相对人为另一方当事人，在诉讼中称为行政第三人，具体是指与被诉具体行政行为有利害关系，以自己的名义申请参加或应人民法院通知参加到行政诉讼中的原、被告以外的公民、法人或者其他组织。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十七条和最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》规定的定义，同提起诉讼的具体行政行为有利害关系构成确定行政诉讼第三人的法定标准。这种利害关系是法律上的权利义务关系，是被诉具体行政行为在客观上已经或可能影响到第三人权利义务产生的关系，具体行为的变动将会导致第三人法律地位和相关权利义务的变化。

在行政诉讼中，行政诉讼第三人的诉讼地位是独立于原告和被告的特殊的诉讼主体，在诉讼中既不是原告，也不是被告，而是具有独立诉讼地位的诉讼当事人。行政第三人所要维护的权利往往是为了否定行政相对人因行政主体的行政行为给其带来的利益，排除行政行为给自己带来的权益侵害，保护其合法权益。

行政诉讼第三人的地位虽然特殊，但他的诉讼权利和义务与原告和被告却基本相同。即第三人在诉讼中应享有如下权利：依法享有委托诉讼代理人、申请回避、提供证据、查阅诉讼材料，提出诉讼主张，进行辩论、陈述和上诉等诉讼权利；并履行相应的义务，如依法行使诉讼权利、遵守诉讼程序、履行生效判决等。总之，行政诉讼第三人的诉讼地位与原告和被告大致相同，但却不完全相同，它们之间在一些诉讼权利上应该有所区别。

结合本案，争议的焦点在于原告的诉讼请求是否超过诉讼期限，为此，原告提供了四组证据，主要包括：关于要求补回房地基的申请报告、××村村委会班子会议纪要、农民建房申请书、国有土地使用权证一份等证据。通过这些证据，证明：(1)在1996年第三人李某以自己名义申请建房时，原告就应该知道该宗集体土地已审批由第三人使用的事实；(2)原告方已于1992年将本案所涉土地安置给了陈某，并允许陈某转让，原告对本案土地不具有法律上的利害关系；(3)土地性质变更后，第三人依法取得土地使用权，原告对本案土地已不具有利益。经审理，法院充分采纳了被告及第三人的代理意见，直接从诉讼程序方面认定原告的起诉已过起诉期限，因此法庭对原告是否对本案土地还具有利益这一问题没有进行审理和认定，并最终裁定驳回原告起诉。

行政诉讼优先

——上海某房地产开发有限公司诉某县人民政府土地登记行政争议

李劲松*

个案信息：当一起纠纷产生时，如果可以同时提起民事和行政诉讼，律师必须作出判断并根据实际情况进行选择哪个诉讼优先。本案的进展说明，应该先提起行政诉讼。因为案涉行政行为必须被撤销后民事诉讼才能解决关键证据的效力问题。

案情简介

上海某房地产开发经营公司系由A、B两人投资设立的有限公司。2003年7月18日，上海某房地产开发经营公司与某县宏拓房地产经营有限公司(以下称“宏拓公司”)签订了土地使用权转让协议，协议约定：宏拓公司将某县千岛湖明珠花园1号的土地使用权转让给上海某房地产开发经营公司，土地转让价格为882.66万元。2003年1月8日、1月9日和3月11日，上海某房地产开发经营公司分别支付宏拓公司土地转让款40万元、10万元和500万元。2003年3月11日，上海某房地产开发经营公司取得了某国用(2003)字第040号和041号国有土地使用证。

某县某房地产开发经营有限公司系由C、D、E、F四人设立的有限公司，成立时间为2003年4月。某县某房地产开发经营有限公司的法定代表人C原为上海某房地产开发经营公司委派到千岛湖明珠花园1号地块项目的开发总经理。2003年3月3日，C持一份上海某房地产开发经营公司的股东决议(后经查证是违法的)前往某县工商行政管理局办理某县某房地产开发经营有限公司注册登记，因为该决议表明：上海某房地产开发经营公司名

---

* 李劲松：男，毕业于中国政法大学，专业领域土地、房产以及和不动产相关的行政诉讼和非诉讼，专职律师。

下地块的转让款项系 C、D、E、F 支付的，上海某房地产开发经营公司未承担任何费用，也不参加任何开发经营活动。上海某房地产开发经营公司名下国有土地证先由上海某房地产开发经营公司名义办理，然后变更为上述四自然人拟设立的某县房地产开发经营有限公司。于是，该土地由验资机构验资后变成了 C、D、E、F 对某县房地产开发经营有限公司的出资，某县房地产开发经营有限公司于 2003 年 4 月 29 日取得了营业执照。

2003 年 4 月 23 日，某县国土资源局应 C 及上海某房地产开发经营公司申请(后经查证不是事实)，以土地使用者名称变更为由将上海某房地产开发经营公司名下的土地使用证变更到某县某房地产开发经营有限公司名下，并由某县人民政府向某县某房地产开发经营有限公司颁发了新土地证。

2004 年 3 月 21 日，上海某房地产开发经营公司与某县某房地产开发经营有限公司商谈未果，向杭州市中级人民法院提起行政诉讼，要求撤销新的国土证。杭州市中级人民法院列某县人民政府为被告，某县某房地产开发经营有限公司为第三人。

庭审中，原告上海某房地产开发经营公司主张：上海某房地产开发经营公司与某县某房地产开发经营有限公司分别由不同工商行政部门注册成立，彼此没有股权投资关系，两公司股东也没有交叉和相同现象，被告以名称变更为由将原告名下的土地证变更为第三人持有，没有事实和法律依据，应撤销。

被告及第三人辩称：上海某房地产开发经营公司获得名下土地证的转让款全部系由某县某房地产开发经营有限公司公司的四个股东出资的，上海某房地产开发经营公司在实际上确实未出资。所以，变更登记行为是纠错行为。只要查清上海某房地产开发经营公司支付的款项系由某县某房地产开发经营有限公司四个股东出资的，原告的诉求就应驳回。

该案 2004 年 9 月 21 日由中院作出撤销判决。一审被告不服，上诉于浙江省高级人民法院。

在上诉状中，上诉人认为：根据《土地登记规则》，名称变更有两种，一种是同一主体的更名，一种由于权属变更引起的名称变更。本案变更登记是基于上海某房地产开发经营公司自己的申请，并向土地管理部门提供了申请书、股东会决议、土地证原件等资料，经审查认为是权属变更而进行的更名登记。至于他们两个房地产公司之间材料的真实性，被告不可能做出实质审查和认定，只能依照工商局登记的材料依法办理。所以，一审判决错误。

2004 年 12 月 9 日，浙江省高级人民法院驳回上诉，维持原判。

争议焦点

本案争议焦点是:被告更名登记认定事实是否清楚,主要依据是否充足。

审理判决

一审判决认为:被告在庭审中明确是以土地使用者更改名称为由进行土地变更登记和发证,但未能提供某县某房地产开发经营有限公司系由上海某房地产开发经营公司变更而来的证明文件,其变更发证行为主要证据不足。被告认为本案系"特殊的更名"这一理由亦无法律法规或规范性文件依据。虽被告在庭审中还认为其变更发证行为属于纠错行为,但却未能阐明向上海某房地产开发经营公司发证的哪一个环节有错误,故其纠错理由不能成立。

因此,被告以更名为由,将原登记于原告名下的国有土地证变更登记于第三人名下,主要证据不足,应予撤销。

二审判决认为:上海某房地产开发经营公司与某县某房地产开发经营有限公司系两个完全不同的企业法人。某县人民政府没有证据证明上海某房地产开发经营公司更名为某县某房地产开发经营有限公司或土地权属变更事实情况下,颁发土地证,属认定事实不清,主要依据不足,原判撤销并无不当。上诉人的上诉理由缺乏相应证据证实,不予采信,原判事实清楚。故驳回上诉,维持原判。

经典评析

本案其实是非常简单的行政案件。一、二审判决都牢牢把握了案件核心,即:有何证据证明上海某房地产开发经营公司与某县某房地产开发经营有限公司是一个主体?经查证:没有证据证明两家房地产公司是一个主体,于是撤销,这是非常正确的。

这个案件的意义和价值是,当我们律师面临这样的纠纷时,必须考虑选择民事诉讼还是行政诉讼的问题。即:是先行后民,或是先民后行,还是行民并举?

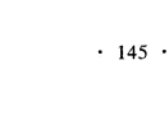
就我个人意见,这个案件应该先行后民。因为使第三人侵权事实最终披上合法外衣的是行政变更登记这个行政行为。而行政行为具有公定力,如果不能够通过行政诉讼否定这个行政行为,那么,在民事诉讼中,一旦相对方把新土地证作为证据向法院提交,民事审判庭就必须根据证据三性进

行认证。可是，对于已被行政行为认可的事实，人民法院民事审判庭除了可以就关联性作出结论外，对于真实性和合法性的认证就显得很是为难。这样，民事审判在认证阶段就面临对于已经生效的行政行为的认定问题，可是，对于这个行政行为，根据不告不理的原则和法院内部分工，民事审判都必须中止审理，告知当事人先解决行政行为效力的问题。

事实上，这个案件也是在民庭无法下判后由法官告知应提起行政诉讼才提起的。

当然，并非所有涉及不动产的案件都应先行后民，本案件只是表明：选择不同诉讼方式对于解决当事人的问题、更好完成委托任务，是非常重要的。

作为执业律师，就我们委托人的案情，为了更经济、更高效地完成委托任务，在正式接受委托后，我们必须向委托人解释他的案件可能存在的解决途径，并且，我们应该告诉委托人选择各种途径的好处和弊端。对于这个问题，本案例只是一个提示，我们还需要进行更深的探讨。





公司与证券篇





互惠互利、权利义务平衡是长期良性合作的基础

——对一起中外合作制水项目纠纷的非诉讼法律意见

胡明远*

案情简介

某县水务公司因其在与香港某公司的合作项目(中外合作制水公司项目)中权利义务失衡,对项目运作完全失控,引起合作纠纷,于 2004 年 8 月 9 日委托浙江泽大律师事务所提供法律意见,浙江泽大律师事务所接受委托后,由本律师和翁国民律师、朱黎律师共同出具了法律意见书,并提供了相关法律行动的专业服务,参与了与香港某公司的重新谈判。

中外合作制水公司项目已在律师指导和参与下,由中外双方重新谈判达成新的更体现互惠互利、权利义务基本平衡的合作文件,现在合作双方关系和谐,合作项目进展顺利。

法律意见

某县水务公司就其与香港某公司在中外合作制水公司项目中合作纠纷一案,于某年某月某日委托浙江泽大律师事务所出具法律意见书,浙江泽大律师事务所接受委托后,指派律师出具本法律意见。

一、委托人的要求

1. 对委托人在中外合作制水项目中的法律状况作出鉴定与评价;

2. 对改变委托人在中外合作制水项目中的不利法律状况提出法律意见。

委托人已关注的不利法律状况包括:对中外合作制水项目的操作缺乏

---

* 胡明远:男,毕业于华东政法学院,侧重公司法律事务、企业改制、清算、破产法律事务、金融、房地产、公用事业法律事务等业务领域,专职律师。

必要的监控权，有关项目合作的既有法律文件中合作双方权利义务严重失衡，香港某公司违约而委托人难以制约，委托人包销水价过高且不合理。

二、本法律意见书的形成

承办律师审阅了委托人提交的证据，与委托人的相关人员进行了座谈，向中外合作制水公司原总经理了解了相关情况，调查了中外合作制水公司及上海某公司的工商登记档案资料等相关事实；在对事实进行细致整理和分析的基础上，依据我国相关法律、法规和我们所了解的相关法律适用情况，针对委托人的要求，对相关法律问题进行了深入的论证，从而形成本法律意见书。

三、本案涉及的主体

某县水务公司（合作中方）
香港某公司（合作外方）
中外合作制水公司（合作公司）
上海某公司（相关方：咨询和国内采购设备）
某环境工程公司（相关方：国外采购设备）
Water（相关方：国外采购设备）
某建筑安装工程公司（土建名义承包方）
某建筑工程公司（土建实际承包方）

四、委托人提交及律师调查的主要证据

1.委托人提交的证据
①《中外合作制水公司合同》；
②《中外合作制水公司章程》；
③《购售水合同》；
④《水管租赁合同》；
⑤某县水务公司的情况报告；
⑥此前其他律师的法律意见书及律师函；
⑦中外合作制水公司与上海某公司签订的“工程咨询服务合同”与“制水生产工艺包提供合同”；
⑧中外合作制水公司与某环境工程公司签订的“国外设备委托采购合同”，及与 Water 签订的“国外设备委托采购合同”；

⑨中外合作制水公司与上海某公司的“机械/仪电设备制作及安装合同”，及上海某公司与杭州某工程有限公司的“机械设备制作及安装合同”；

⑩中外合作制水公司与浙江省城乡规划设计研究院签订的“建设工程设计合同”、与某县建设监理有限公司签订的“建设工程委托监理合同”、与某建筑安装工程公司签订“建设工程施工合同”；

⑪中外合作制水公司时任董事长与某建筑工程公司董事长签订的“土建施工合同补充协议”2004年4月30日合作双方会谈记录；

本法律意见书基于对委托人提交的证据及其内容和委托人陈述之真实性的信任而作出。

2.律师调查取得的证据

①包含“验资报告”的中外合作制水公司在工商局的登记档案资料

②Water网站上复制的该公司组织结构图

③包含有出资人信息的上海某公司在上海工商局的登记档案资料

五、证据反映的相关事实

1.合作合同的相关约定

2002年9月18日，某县水务公司与香港某公司签订《中外合作制水公司合同》(以下简称“合作合同”)。

合作合同中确定：中外合作制水公司制水项目由某县水务公司与香港某公司共同以合作方式设立中外合作制水公司建设、经营。

合作合同约定：项目投资总额和注册资本均为7387万元人民币或等值外汇(约合893.9万美元)。香港某公司出资6524万元人民币或等值外汇(约合789.4万美元)，占注册资本的88.32%，自营业执照签发之日起三个月内到位15%，其余分批在两年内到位。某县水务公司以某地块共约72亩土地使用权投入，作价863万元人民币，占注册资本的11.68%，自营业执照签发之日起三个月内全部到位。

同时约定：香港某公司将以部分设备、实物、外汇出资，具体在本项目可行性研究报告中确定。但合作公司的可行性研究报告中并无相关明确条款。

合作合同约定：某县水务公司在合作公司领取营业执照后三个月内提供自取水口到合作公司进水口的引水管供中外合作制水公司租用。同时，供水水源由某县水务公司提供。合作公司生产的自来水由某县水务公司包销。

PDG

同时约定:香港某公司承担建设本项目第一期工程从取水口引水、净水加工到加压水泵出水口范围内的全部基建、设备等建设及管理费用。完成专案建设的时间为2004年1月1日。

合作合同约定:合作公司董事会由七名董事组成,其中某县水务公司委派二名,香港某公司委派五名。董事长由香港某公司委派,是合作公司的法定代表人。

同时约定:负责合作公司日常经营管理活动的总经理由香港某公司推荐董事会聘任。

合作合同约定:合作公司委托香港某公司从国外购买的设备,其价格须经董事会讨论同意。

合作合同约定:合作公司合作期限为十七年,期满后固定资产无偿移交给某县水务公司。

合作合同在违约责任一章约定:香港某公司未按照合同约定的出资进度如期缴清其应缴的出资额的,即构成违约。某县水务公司应当催告香港某公司迅速缴清其应缴出资额。某县水务公司应当在香港某公司逾期三个月后,向原审批机关申请批准解散合营企业。

合作合同约定争议解决为中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会按该会的规则和程序进行仲裁。

2.合作章程的相关规定

2002年9月18日,某县水务公司与香港某公司签订《中外合作制水公司章程》(以下简称"合作章程")。

合作章程除反映了合作合同的内容外,明确了香港某公司以现汇出资,并在第四十二条明确规定:合作各方有权自费聘请审计师查阅合作公司账簿,查阅时合作公司应提供方便。

合作章程同时规定:合作期内香港某公司享有合作公司的全部经营自主权。

3.购售水合同的相关约定

2002年9月18日,某县水务公司与中外合作制水公司签订一份《购售水合同》。

购售水合同确定合作公司制水由某县水务公司包销,并约定了购售水量、水质及水价等,确认开始售水时间为2004年1月1日。

其中水价约定按人民币1.15元/立方尺的基础价格计算,并约定了调整方式。

购售水合同特别约定：在中外合作制水公司领取营业执照后由中外合作制水公司加盖公章时正式生效。

某县水务公司、香港某公司在购售水合同上已签字盖章，但中外合作制水公司仅当时法定代表人签字，未加盖中外合作制水公司公章。

购售水合同约定了仲裁条款。

4. 水管租赁合同的相关约定

2002 年 9 月 18 日，某县水务公司与中外合作制水公司签订了一份《水管租赁合同》。

水管租赁合同约定：某县水务公司提供自取水口到合作公司进水口长约 6000 米的引水管两根出租给中外合作制水公司使用；出租物建造费用 1600 万元，租赁费在投产后分 15 年支付，合计 2000 万元。

水管租赁合同主体为某县水务公司与中外合作制水公司，但在合同签署栏作为承租方签字盖章的是香港某公司。

水管租赁合同约定了仲裁条款。

5. 合作合同的履行情况

中外合作制水公司于 2002 年 9 月 28 日注册成立。

2003 年 5 月 30 日，某县水务公司办妥出资土地转让手续，但 2003 年 5 月 31 日验资报告注明某县水务公司出资尚未到位；2003 年 12 月 30 日验资报告注明截止到 2003 年 11 月 30 日某县水务公司出资全部到位。

2003 年 12 月 30 日验资报告注明截止到 2003 年 11 月 30 日，香港某公司出资到位 2189982 美元。此后无验资报告。但中外合作制水公司已收到部分设备等，是中外合作制水公司购买还是香港某公司购买，暂未掌握证据。

中方董事至今未曾参加董事会讨论过国外购买的设备的价格问题。

本项目工程建设进展迟缓，至今未完成基建、设备等建设。

2004 年 4 月 30 日合作双方会谈记录显示：双方同意完成建设供水时间变更为“力争在(2004 年)9 月 27 日前完成，双方努力配合。是否认可 10 月 31 日供水时间，中方需向上级汇报”。

因为合作期内香港某公司享有合作公司的全部经营自主权，且某县水务公司在中外合作制水公司没有任何控制权，在中外合作制水公司相关重要部门均无人员参与。因此，对中外合作制水公司的建设和资金运作等等情况，某县水务公司基本上不知情。

6. 中外合作制水公司其他对外签约情况

2002年9月15日，中外合作制水公司与上海某公司签订一份“工程咨询服务合同”，由上海某公司提供初步设计咨询服务，合同价100万元；又签订“制水生产工艺包提供合同”，由上海某公司提供制水生产工艺及初步设计技术指导咨询服务，合同价60万元。

2003年12月20日，中外合作制水公司与某环境工程公司签订一份“国外设备委托采购合同”，由某环境工程公司代为采购制水工艺包及生产设备，合同价614725美元；同日，中外合作制水公司与Water签订一份“国外设备委托采购合同”，由Water代为采购制水工艺包及生产设备，合同价885275美元。两合同合计1500万美元。

2004年4月10日，中外合作制水公司与上海某公司有一份“机械/仪电设备制作及安装合同”，由上海某公司提供机械/仪电设备制作及安装，合同价1500万元；同日，上海某公司与杭州某工程有限公司有一份“机械设备制作及安装合同”，由杭州某工程有限公司提供机械设备制作及安装，合同价506万元。

2002年9月30日，中外合作制水公司与浙江省城乡规划设计研究院签订“建设工程设计合同”。

2003年2月19日，中外合作制水公司与某县建设监理有限公司签订“建设工程委托监理合同”。

2003年3月2日，中外合作制水公司与某建筑安装工程公司签订“建设工程施工合同”。

中外合作制水公司建设工程施工实际由某建筑工程公司承包，中外合作制水公司时任董事长与某建筑工程公司董事长曾于2002年12月19日签订一份“土建施工合同补充协议”，协议约定聘请张某某为工程顾问，并支付大额顾问费。

上述合同履行情况因某县水务公司对合作公司没控制权而尚未掌握。

7.相关主体的关联关系

Water组织结构图表明了香港某公司（合作外方）、中外合作制水公司（合作公司）、上海某公司（相关方：咨询和国内采购设备）、某环境工程公司（相关方：国外采购设备）、Water（相关方：国外采购设备）各主体之间的关联关系。

（结构图略）

六、法律依据

1.《中华人民共和国中外合作经营企业法》(2000 年 10 月 31 日)

2.《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》(1995 年 9 月 4 日)

3.《中华人民共和国公司法》(1999 年 12 月 25 日)

4.《中华人民共和国合同法》(1999 年 3 月 15 日)

5.《中华人民共和国刑法》(1997 年 3 月 14 日)

6.《中华人民共和国民事诉讼法》(1991 年 4 月 9 日)

7、《中华人民共和国刑事诉讼法》(1996 年 3 月 17 日)

8.《中华人民共和国仲裁法》(1994 年 8 月 31 日)

9.《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(1995 年 9 月 4 日)

10.《外商投资企业清算办法》(1996 年 7 月 9 日)

七、委托人某县水务公司在中外合作制水项目中的法律状况鉴定与评价

作为公益性基本建设的自来水厂项目,采取中外合作模式,并非最佳方案。从借助外资建设自来水厂而言,BOT 模式可能更便于操作;从共担风险共享收益而言,合资经营在企业管理制度上更具有可控性。因为合作经营模式的特点是合作双方权利、义务、风险、责任相对独立,彼此牵制性弱。这就需要某县水务公司在与对方谈判签约前对整个项目进行系统的细致的规划,从而在合作合同中对项目的各个方面作出明确具体的描述,对权利义务及其保障、监控机制有周到而科学的设计。

从上述证据反映的相关的事实可以看出,某县水务公司在合作合同的谈判中对权利义务的分配及其保障监控机制缺乏周到的考虑,导致合作双方权利义务分配失衡、某县水务公司对合作项目毫无控制权。突出表现在:某县水务公司在合作公司的决策机构中既无控制权又未设计制约条款,在合作公司的相关重要部门均无人员参与,因而组织控制无法实现。赋予香港某公司对合作公司建设的绝对控制权和全部经营自主权,却没有对建设一个什么样层次的什么标准的项目作出具体的描述;同时,合作公司的制水采取某县水务公司定价包销方式,因而环节控制又失去了主动权。结果是导致某县水务公司对合作公司的建设和资金运作等等情况心中没有数;导致香港某公司的出资额与在项目上的实际投资额的对应性无法控制,香港某公司在合资公司的股权比例也可能因此而不适当地抬高(如果在项目上

的实际投资额没有达到其出资额),并为资金转移或提前抽回留下可乘之机;更重要的是对水价的测算造成重大误导。

某县水务公司在项目经营模式设计、合作方案提供及合作条件评估等方面没有掌握主动,对项目合作方案的细节欠缺具体而深入的论证,因而导致合作双方权利义务失衡,监控机制缺失;及至问题显现后,进行法律分析和处理方案论证时尚无法掌握全面而确切的材料;进而造成处理上十分被动。

但香港某公司在合作条件有利的情形下,没有诚实地严格履行合同,在履行合作合同等法律文件过程中仍然存在重大问题,从而为某县水务公司改变在中外合作制水项目中的不利法律状况留下了机会。

八、香港某公司在履行合作经营合同中存在的问题

即便项目经营模式对某县水务公司而言已是先天不足,合作合同等文件对香港某公司已是十分有利,香港某公司在合同履行中仍然存在违约等重大问题。

1.香港某公司的违约或预期违约行为

(1)合作合同、章程约定由香港某公司完成项目全部基建、设备等建设的时间为2004年1月1日,但至今未完成。从目前工程进展预期,在双方同意变更的完成建设供水时间即(2004年)9月27日乃至10月31日前仍难完成。

(2)合作合同、章程虽未对香港某公司的出资进度作出具体的安排,但其出资到位进度明显与应有的工程进度严重不符。按约定,香港某公司出资全部到位时间应为2004年9月27日前,目前尚难判断是否会出现大比例出资逾期。

(3)对从国外购买的设备的价格问题,合作公司至今未曾通知某县水务公司方面的董事召开董事会讨论,却签好了购买合同,确定了价款。

2.香港某公司可能通过关联交易转移或抽逃出资

因为中外合作制水公司由香港某公司控制,而香港某公司、上海某公司、某环境工程公司、Water互有关联关系,因此以下事实反映出香港某公司可能通过关联交易转移或抽逃出资(注:理论上的分析,尚无实据)。

(1)中外合作制水公司与上海某公司签订的"工程咨询服务合同"与"制水生产工艺包提供合同",合同标的有相同嫌疑,因而有重复支付费用或超额支付费用嫌疑。

(2)中外合作制水公司与某环境工程公司签订的“国外设备委托采购合同”,及与 Water 签订的“国外设备委托采购合同”,部分合同标的有相同的嫌疑,因而有重复支付费用或超额支付费用的嫌疑。

(3)中外合作制水公司与上海某公司的“机械/仪电设备制作及安装合同”,及上海某公司与杭州某工程有限公司的“机械设备制作及安装合同”,合同标的基本相同,但合同价相差如此之巨,有通过关联的中间交易转移资金的嫌疑。

另,中外合作制水公司时任董事长与某建筑工程公司董事长签订的“土建施工合同补充协议”约定聘请张某某为工程顾问,并支付大额顾问费;因为张某某系中外合作制水公司时任董事长的配偶,该顾问费的支付可能有不正当的嫌疑。

但是,上述合同履行情况因某县水务公司对合作公司没控制权而尚未掌握。

九、律师意见

围绕改变委托人在中外合作制水项目中的不利法律状况,律师提出以下意见:

1.从追究香港某公司违约的角度入手,达到解除合作合同或调整双方权利义务的目的

(1)对出资逾期的违约

2004 年 9 月 27 日出资期限届满后,如香港某公司出现大比例出资逾期未到位,则可由某县水务公司先催告其限期(如 1 周)到位,限期满仍未到位,则某县水务公司有三种途径达到解除合作合同的目的:

①可提出仲裁,要求裁决解除;

②可按合作合同约定,在香港某公司逾期三个月后,向原审批机关申请批准解散合营企业;

③可依《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》第二十条第二款之规定,要求工商行政管理机关再限期香港某公司履行,限期届满仍未履行的,审查批准机关应当撤销合作企业批准证书,工商行政管理机关应当吊销合作企业营业执照,并予以公告。

因为出资义务是合作合同的核心义务,如香港某公司大比例逾期出资,解除合作合同的主张应能获得支持。

(2)对逾期不能完成项目建设供水的违约

在双方讨论变更的完成建设供水时间(放宽至10月31日)前不能完成项目建设供水时,某县水务公司可提出仲裁,要求裁决解除合作合同。

因为按期完成项目建设供水是双方合作经营合同的核心目的,上述解除合作合同的主张也应能获得支持。

上述路径均须等待香港某公司违约行为的确定,因此,某县水务公司在此间务必注意不可再在这些方面给予宽限。

2.从追究香港某公司借关联交易转移资金的角度入手,达到解除合作合同或调整双方权利义务的目的

因为通过关联交易转移资金或抽逃出资是十分严重的法律问题,可能构成刑事犯罪,承担刑事责任;因此,如经查实香港某公司有转移或抽逃出资的事实(注:假设性分析,并不表明确实存在此类事实),并取得充分证据,对香港某公司将形成很大压力,从而对谈判调整合作双方权利义务非常有利。

因为香港某公司转移资金或抽逃出资的行为是否实际发生因某县水务公司对合作公司没控制权而尚未查实,可以考虑通过以下途径进行调查,收集证据:

(1)中外合作制水项目系涉及民生的公益性项目又涉及国有资产投资,可请政府审计部门对中外合作制水项目进行审计,在审计中掌握相关事实,收集相关证据。为体现回避原则,可请市政府审计部门安排审计。

(2)根据合作章程第四十二条由某县水务公司聘请审计师查阅合作公司账簿,在查阅中掌握相关事实,收集相关证据。

3.为配合上述途径达到解除合作合同或调整双方权利义务的目的,可以通过以下方法,防止香港某公司及时采取防范措施

(1)借购售水合同特别约定在中外合作制水公司领取营业执照后由中外合作制水公司加签加盖公章时正式生效,而中外合作制水公司至今未加盖公章这一情形,致函香港某公司,提出购售水合同尚未生效,要求重新讨论购售水合同条款。

(2)借水管租赁合同主体为某县水务公司与中外合作制水公司,而在合同签署栏作为承租方签字盖章的是香港某公司这一情形,致函香港某公司,提出水管租赁合同主体错误,不能有效调整水管租赁关系,要求重新谈判签订水管租赁合同。

(3)吁请政府严格行政检查与执法,对建设施工过程中存在的问题依法提出整改要求,对工程质量严格监督。

一旦掌握了解除合作合同的主动权，若委托人想达到调整双方权利义务继续合作的目的，则通过谈判即不难实现。

十、上述律师意见建议委托人作出决策后由律师跟踪指导操作

十一、保密

本法律意见书除委托出具法律意见书的相关用途外，委托人应严格保密，不得外传。

十二、声明

以上法律意见仅供参考。

本所及律师提供的分析、判断或咨询意见，均不可理解为本所及律师就该案的最终结果作出了成功或胜诉的保证。

浙江××律师事务所
律师（签名）：×××
××××年××月××日

经典评析

某县水务公司与香港某公司合作纠纷的非诉讼处理法律项目，律师准确把握委托人的目标要求后，从厘清合作双方的法律关系以及与委托人的目标要求相关的各种法律事实出发，对委托人在合作项目中的法律状况做出鉴定与评价，进而分析对方在履约中存在的问题，找到对方的软肋，并据此因应委托人的目标要求，提出具体的有事实和法律基础的律师意见。

一份法律意见书，从法律的视野，总结了合作项目中的相关事实，让委托人清楚地了解了合作项目中的各种法律关系以及自身所处的法律境况，掌握了对方的法律漏洞，进而使委托人在合作双方的权利义务博弈中变被动为主动。

依据这份法律意见书的指引，委托人作出及时而正确的决策；律师则基于委托人的决策进一步为委托人提供分阶段的流程性法律指引，最终最大限度地实现了委托人的权益；因为确保了委托人决策、谈判的合法性，也为中外双方接下来的合作关系及合作项目的顺利实施打下了和谐的基础。

这份法律意见书充分体现了律师非诉项目法律服务的价值。

上市公司中国有股权划转的合法性审查

——关于浙江省某某建设投资公司与浙江省某某投资集团有限公司国有股权划转的法律意见书

何建祥*

案情简介

为推进浙江省国有企业改革,建立健全国有资产管理制度,规范国有资产管理行为,经国资委和证监会批准,浙江省某某建设投资公司合法持有的浙江某某化工股份有限公司 5100 万股国有法人股划转给浙江省某某投资集团有限公司所有。

为规范国有股权划转行为,浙江省某某投资集团有限公司委托浙江泽大律师事务所对该行为合法性进行审查并出具法律意见书。

浙江泽大律师事务所接受委托后,根据我国《合同法》、《公司法》、《证券法》、《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》、《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》、浙江省人民政府证券委员会浙证委[1998]119 号文件批复以及【浙财国资字(2001)137 号】批复的规定,对该划转行为所涉及的划转双方主体资格、目标公司主体资格、本次划转国家股的演变、《股权划转协议》、股权划转的批准、关于本次股权划转的信息披露以及本次股权划转涉及的其他事项进行审查。认为:本次股权划转双方均具有完成本次股权划转所需要的完全民事权利能力与行为能力,具备本次股权划转的主体资格;划出方持有的目标公司的 5100 万股国有法人股合法有效,其享有处置权;本次国有股权划转符合相关法律、法规的规定,不存在任何导致《股权划转协议》无效的条款或其他影响股权划转协议效力及可执行性的实质性障碍。为此,律师出具了《法律意见书》。

---

* 何建祥:男,毕业于浙江大学法学院,擅长于证券、金融、房地产、投资、公司法务及经济诉讼业务,专职律师。

法律意见

法律意见书

泽大股字[2006]第026号

目　　录

致浙江省某某投资集团有限公司：

根据浙江省某某投资集团有限公司(下简称“划入方”)与浙江泽大律师事务所(下简称“本所”)签订的《委托协议》,本所作为划入方接受浙江省某某建设投资公司(下简称“划出方”)划转其所持有的浙江某某化工股份有限公司(下简称“目标公司”)部分国有股权项目之特聘专项法律顾问,根据《中华人民共和国公司法》(下简称《公司法》)、《中华人民共和国证券法》(下简称《证券法》)、《中华人民共和国合同法》(下简称《合同法》)、《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》、《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》及其他有关法律、法规,现就划出方持有的目标公司的部分国有股权划转事宜出具本法律意见书。

就本所出具的法律意见书,声明如下:

1.本所仅依据法律意见书出具日以前已经发生或存在的事实和中国现行法律、法规和规范性文件发表法律意见。

2.本所已严格履行法定职责,遵循了勤勉尽责和诚实信用原则,对本次国有股权划转事宜的合法、真实、有效性进行了核查验证,本法律意见书不存在虚假记载、误导性陈述和重大遗漏。

3.本所在审查划入方提供的涉及有关本次股份划转的文件过程中,得到划入方如下保证:其已经提供了本所为出具本法律意见书所必需的、真实

的原始书面材料、副本材料或口头证言，并保证其提供的材料和证言的真实性和合法性。

4.本法律意见书仅为划入方本次股份划转之目的使用，不得用作任何其他目的。

根据以上审查和假定以及本所作出的各项调查，本所出具如下法律意见：

(一)本次股权划转划出方的主体资格

1.本次股权划转的划出方

划出方浙江省某某建设投资公司(下简称“划出方”)，系一家依据中国法律设立并合法存续的国有企业，为划入方浙江省某某投资集团有限公司的全资子公司。其现行有效的《企业法人营业执照》系由浙江省工商行政管理局于2005年5月19日签发，注册资本为人民币5.573亿元，法定代表人于某，注册号为3300001002361，注册地址为浙江省杭州市天目山路166号。该公司已通过2006年度浙江省工商行政管理局的企业法人年检。

本律师经审查认为，划出方浙江省某某建设投资公司为依据我国法律设立且合法有效存续的企业法人，根据我国的现有法律、法规以及公司章程的规定，划出方没有出现需要终止企业法人资格的情形，符合本次股权划转的主体资格。

2.划出方的股权来源

浙江某某化工股份有限公司是经浙江省人民政府证券委员会浙证委[1998]119号文件、浙江省财政厅《关于浙江某某化工股份有限公司国有股权管理方案的批复》【浙财国资字(2001)137号】批复同意，由浙江省某某建设投资公司、某某化工总厂等六家法人发起设立的股份有限公司，公司注册资本10198万元。1998年11月23日，公司在浙江省工商行政管理局登记注册(注册号为3300001005240)。浙江省某某建设投资公司在本次股票发行前持有浙江某某化工股份有限公司5100万股国有法人股，占公司股本总额50.01%的股份，是公司控股股东，浙江省某某建设投资公司为浙江省某某投资集团有限公司全资子公司，浙江省某某投资集团有限公司是公司的实际控制人。浙江某某化工股份有限公司于2006年7月18日经中国证券监督管理委员会批准，首次向社会公众发行人民币普通股3800万股，均系向境内投资人发行的以人民币认购的内资股，并于2006年8月16日在深圳证券交易所上市。浙江某某化工股份有限公司股票发行后，浙江省某某建设投资公司仍持有浙江某某化工股份有限公司5100万股国有法人股，占

公司股本总额的36.43%。

本律师经审查认为，浙江某某化工股份有限公司于2006年7月18日经中国证券监督管理委员会批准，并于2006年8月16日在深圳证券交易所上市。根据我国的现有法律、法规以及公司章程的规定，浙江某某化工股份有限公司没有需要终止的情形出现，其股东浙江省某某建设投资公司的股权合法有效。

（二）本次股权划转划入方的主体资格

本次股权划转的划入方为浙江省某某投资集团有限公司（下简称“划入方”），系一家依据中国法律设立并合法存续的国有有限责任公司。其现行有效的《企业法人营业执照》系由浙江省工商行政管理局于2006年9月27日签发，注册资本为人民币20亿元，法定代表人余某某，注册号为3300001008281，注册地址为浙江省杭州市求是路8号公元大厦北楼25楼。

本律师经审查认为，划入方浙江省某某投资集团有限公司为依据我国法律设立且合法有效存续的企业法人，根据我国的现有法律、法规以及公司章程的规定，划入方没有出现需要终止企业法人资格的情形，符合本次股权划转的主体资格。

综上所述，根据《公司法》、《证券法》、《合同法》、《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》、《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》以及其他中国现行法律、法规的相关规定，上述划出方、划入方双方均具有完成本次股权划转所需要的完全民事权利能力与行为能力，具备本次股权划转的主体资格。

（三）关于本次划转的国有股权

1.国家股的演变

目标公司浙江某某化工股份有限公司，系经浙江省人民政府证券委员会浙证委[1998]119号文件批复同意，由浙江省某某建设投资公司、某某化工总厂等六家法人发起设立的股份有限公司，公司注册资本10198万元。其中，国家股4202万股，占总股本41.21%，由某某化工总厂持有；国有法人股5498万股，浙江省某某建设投资公司持有5100万股，占50.01%，某某市经济建设投资公司持有298万股，占2.92%，浙江某某啤酒集团有限公司持有100万股，占0.98%；社会法人股498万股，占4.88%。1998年11月23日，公司在浙江省工商行政管理局登记注册（注册号为3300001005240）。上述国有股权设置方案已获浙江省财政厅《关于浙江某某化工股份有限公司国有股权管理方案的批复》【浙财国资字（2001）137

号】批准同意。2002 年,经某某市人民政府《关于对某某化工总厂改制实施方案的批复》【江政发(2002)53 号】、浙江省财政厅《关于同意某某化工总厂持有浙江某某化工股份有限公司股权性质变更的批复》【浙财国资(2002)150 号】批准,同意某某化工总厂实施整体改制,其国有资产经浙江某某化工股份有限公司经营层及某某化工总厂、浙江某某化工股份有限公司员工全额收购,国有资产已完全退出。为此,某某化工总厂持有的浙江某某化工股份有限公司 4202 万股的股权性质变更为社会法人股。

股权性质变更后,浙江某某化工股份有限公司总股本 10198 万股不变。其中,国有法人股 5498 万股,浙江省某某建设投资公司持有 5100 万股,占 50.01%;某某市经济建设投资公司持有 298 万股,占 2.92%;浙江某某啤酒集团有限公司持有 100 万股,占 0.98%。社会法人股 4700 万股,某某化工总厂持有 4202 万股,占总股本 41.21%,某某市康顺贸易有限公司持有 300 万股,占 2.94%,景宁畲族自治县某某商贸有限公司持有 198 万股,占 1.94%。公司于 2006 年 7 月 18 日经中国证券监督管理委员会批准,首次向社会公众发行人民币普通股 3800 万股,均系向境内投资人发行的以人民币认购的内资股,并于 2006 年 8 月 16 日在深圳证券交易所上市。其现行有效的《企业法人营业执照》系由浙江省工商行政管理局于 2006 年 11 月 7 日签发,注册资本 13998 万元,法定代表人徐春林,注册号为 3300001005240,注册地址为浙江省某某市景星东路 38 号。浙江某某化工股份有限公司股票发行后,浙江省某某建设投资公司仍持有浙江某某化工股份有限公司 5100 万股国有法人股,占公司股本总额的 36.43%。即划出方持有目标公司的前述国有股权具有合法性。

2. 关于本次划转的股权

本次浙江省某某建设投资公司向浙江省某某投资集团有限公司划转其持有的 5100 万股国有法人股,占目标公司股本总额的 36.43%。本次股权划转后,浙江省某某投资集团有限公司将直接持有浙江某某化工股份有限公司 5100 万股国有法人股,占公司股本总额的 36.43%,为目标公司第一大股东。

本律师经审查认为:

1. 目标公司成立于 1998 年 11 月 23 日,即目标公司成立已满 3 年,划出方浙江省某某建设投资公司为划入方浙江省某某投资集团有限公司全资子公司,根据《公司法》、《证券法》、《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》、《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》以及其他中

国现行法律、法规的相关规定，划出方作为目标公司的发起人，其所持有的股份依法可以进行划转。

2.划出方目前仍为目标公司的股东，并合法持有目标公司5100万股国有法人股，且该股权目前没有设置质押担保或者被司法保全等妨碍股东行使处置权的情形，也不存在其他权利受到限制的情况或潜在法律纠纷，其持有目标公司的前述国有股权具有合法性。浙江省某某建设投资公司将其所持有的浙江某某化工股份有限公司5100万股国有法人股划转给浙江省某某投资集团有限公司不存在法律上的障碍和纠纷。

(四)关于《股权划转协议》

1.《股权划转协议》以中文书就，由双方法定代表人于2006年11月30日正式签署并加盖印章。

2.《股权划转协议》的内容主要包括“鉴于条款”及“协议条款”。“鉴于条款”(三条)主要规定了本次股权划转的事实背景情况。“协议条款”共计九条，其内容包括：划转双方、合同签订地、划转标的、划转手续办理和账目调整、双方权利义务、违约责任、合同变更和解除、适用法律和争议的解决、生效和其他。

3.浙江省某某建设投资公司系浙江省某某投资集团有限公司的全资子公司，即浙江省某某投资集团有限公司系公司的实际控制人。浙江省某某投资集团有限公司为本次股权划转于2006年11月2日召开董事会，并形成董事会决议，同意将浙江省某某建设投资公司将其所持有的浙江某某化工股份有限公司5100万股国有法人股(占股本总额的36.43%)划转给浙江省某某投资集团有限公司。即浙江省某某投资集团有限公司将直接持有浙江某某化工股份有限公司5100万股国有法人股，占公司股本总额的36.43%，为目标公司第一大股东。

本律师经审查认为：

1.《股权划转协议》及《董事会决议》的形式及签署符合《合同法》、《公司法》、《证券法》、《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》、《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》及其他有关法律、法规的规定。

2.《股权划转协议》及《董事会决议》的内容约定清楚，符合《合同法》、《公司法》、《证券法》、《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》、《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》以及其他相关法律、法规的规定，不存在任何导致股份划转协议无效的条款或其他影响股份划转协

议效力及可执行性的实质性障碍,应为合法有效。

(五)股权划转的批准

根据2006年11月30日签订的《股权划转协议》的约定以及《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》的规定,鉴于本次划转的股份为上市公司国有法人股,因而本次股份划转须上报国务院国有资产管理委员会,并在获得其批准后方可实施。

(六)关于本次股权划转的信息披露

本次股权划转属于上市公司国有法人股划转,其下列信息披露:

1.本次股份划转双方应分别编制持股变动报告书,报送深圳证券交易所、中国证监会,并通知浙江某某化工股份有限公司作出公告。

2.本次股份划转在取得国务院国资委批准并办理交割后,双方应将获得批准以及交割情况通知浙江某某化工股份有限公司作出公告。

(七)关于本次股权划转涉及的其他事项

根据本次股权划转双方的说明和保证,截至本次《股权划转协议》签署之日,双方不存在互负尚未清偿的债务或者其他隐形债务。

(八)结论意见

综上所述,本律师认为:

1.浙江省某某建设投资公司、浙江省某某投资集团有限公司双方均具有完成本次股权划转所需要的完全民事权利能力与行为能力,具备本次股权划转的主体资格。

2.浙江省某某建设投资公司持有的目标公司的5100万股国有法人股合法有效,其享有处置权。

3.本次股权划转,符合《合同法》、《公司法》、《证券法》、《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》、《财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》以及其他相关法律、法规的规定,不存在任何导致《股权划转协议》无效的条款或其他影响股权划转协议效力及可执行性的实质性障碍,在办理完毕本法律意见书中所述所有的法律手续,并在获得国务院国资委的批准后,将是合法有效的。

浙江××律师事务所(盖章)

经办律师(签字):×××

二OO六年十一月三十日

经典评析

1. 国有资产管理中涉及的国有资产转让、划转等，必须要作详尽的尽职调查，查明国有公司双方和目标公司的主体资格。同时必须对国有资产的演变作出详尽的陈述，以查明该国有资产的合法性和真实性。

2. 在审查合同时除了援引我国现有的《公司法》、《合同法》、《证券法》之外，必须要查明并引用关于国资管理的相关法规、规章以及各针对性的规范性文件。

3. 目前我国上市公司发行制度，其大部分行为都需要律师出具法律意见书，因而，律师应当具有主体意识，积极参与到涉及上市公司的非诉业务中。但同时，律师也应当具备风险意识，恪尽职守，尽到谨慎审查的义务，确保自己出具的法律意见书具备真实性、合法性。



民营企业境外上市法律问题初探

——浙江某某纺织印染有限公司以境内资产在新加坡上市案例详析

章晓洪　梁　瑾*

案情简介

一、浙江某某纺织印染有限公司的背景及概况

浙江某某纺织印染有限公司(以下简称为“公司”)是注册于浙江省绍兴县滨海工业区的外商独资企业,主要从事高档织物的印染、后整理加工及刺绣加工,系一家以出口为导向的综合型印染企业。公司生产基地投资2.2亿元,占地面积100.8亩,拥有厂房和基础设施达10万平方米,各类印染布的日加工量达到60万米,年加工量达到1.2亿米。公司先后从德国、韩国和中国台湾等地引进了先进的印染机械设备,并拥有大量的自主知识产权,与国内著名的纺织高等院校建立了良好的研发合作。公司是浙江省绍兴县这个著名的中国纺织重镇一家新兴的、高端的印染企业。

公司是于2003年11月设立并开始建设的。从成立之初,公司就萌发了通过资本市场进行融资的战略方案。一方面,这是由于公司所处的地域环境的推动作用。公司坐落于浙江绍兴县不仅因为依托了以柯桥为中心的纺织产业基地以及著名的中国轻纺城成为中国乃至亚洲纺织产业的中心,更因为多家民企在香港、新加坡等海外证券交易市场成功上市发行股票,继而成为浙江省海外上市公司最密集的县之一。这些成功的先例都使这里的企业家对公司上市抱有极大的信心和期待。另一方面,公司设立的时期也正是国内纺织业的多事之秋,欧美设限、人民币汇率调整、国内舆论界对纺

* 章晓洪:男,西南政法大学法学博士,擅长于证券、金融、投资、公司法务及经济诉讼业务,专职律师。

梁　瑾:女,英国曼彻斯特大学法学硕士,擅长于证券、公司法业务,律师助理。

织印染业看淡，这时公司的领导者更清晰地认识到只有做大做强，走高端路线，才能摆脱过去中国纺织印染行业低利润的尴尬境地。此时调动大量的资本就变成了企业发展一个至关重要的条件。2004 年 6 月，公司找到了我们事务所，与我们对公司未来在资本市场的发展进行了深入的沟通，并聘请我所作为公司在境外上市的中国法律顾问，帮助公司策划境外上市方案、引荐境外中介及起草相关法律文书等。

在我们近两年半的服务过程中，公司在境外上市的征途中迈出了一个个稳健的步伐：2004 年 8 月正式投产，2005 年实现销售 6.2 亿元，净利润达到 7000 万元；2005 年 12 月，公司决定聘请新加坡金英资本、腾福律师事务所和胡官陈均富会计事务所，作为其在新加坡上市的境外中介机构；2006 年 4 月，公司与新加坡国有资本“淡马锡”及日本软银合资成立的新宏远创基金签署战略投资协议，新宏远创基金成为公司的投资人之一；2006 年 4 月，公司的惟一股东新加坡中国印染控股有限公司（以下简称为“中国印染”）向新加坡交易所递交上市申请，2006 年 9 月 7 日中国印染（英文名称：China Printing & Dyeing Holding Limited）在新加坡交易所主板成功挂牌，首次发行 1.13 亿股，发行价为每股 0.27 新元，总募集资金 3062 万新元（约合人民币 1.5 亿元）。

二、公司的上市概况

1.公司的结构重组过程

由于公司的上市初步意向定为海外融资，因此我们建议公司成立一至两家作为重组之用的境外离岸公司。在公司的实际操作过程中，公司董事长即实际控制人，在英属维京群岛成立其控股的江龙控股有限公司，英文名称为 Jianglong Holdings Limited（以下简称为“江龙 BVI”）及百福控股投资有限公司，英文名称为 Baifu Holdings Investment Limited（以下简称为“百福 BVI”）。

公司成立之初系由阿联酋尼尔凯默尔公司独资设立的外商独资企业。2004 年 9 月，为了公司海外上市的需要，阿联酋尼尔凯默尔公司与百福 BVI 签署了股权转让协议，前者将其持有的公司 100% 的股权全部转让给百福 BVI。

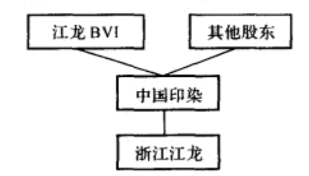
2005 年底，公司选择新加坡作为上市地，并聘请了新加坡的券商、律师及会计师机构，在他们的协助下，2005 年 8 月，中国印染控股有限公司在新加坡注册成立。

PDG

2006年3月,中国印染与百福BVI签署了股权转让协议,中国印染成为公司惟一的股东。

2006年4月,公司与新加坡国有资本"淡马锡"及日本软银合资成立的新宏远创基金签署战略投资协议,新宏远创基金成为中国印染的股东之一。

至此,在公司上市前公司通过重组形成了以下股权结构:



2.公司上市的其他实质性条件

根据新加坡交易所的上市规则,寻求在新加坡主板上市的企业在盈利标准及营业记录上必须符合以下要求之一:(1)最近三年的累计合并税前盈利不低于750万新元(约3750万元人民币),每年的税前盈利不低于100万新元(约500万元人民币);(2)最近一年或两年的累计合并税前盈利不低于1000万新元(约5000万元人民币);(3)根据发行价和招股结束后的实收股本额累计算出的市值不低于8000万新元(约4亿元人民币)。

公司于2004年8月正式投产,2004年度的利润为1750万元人民币,2005年净利润达到7000万元人民币。这样,公司在盈利能力上完全符合了新加坡主板上市的门槛。

3.公司治理结构的完善

公司在成立之初就把上市作为企业的发展战略之一,因此十分注意公司治理结构的完善。根据《中华人民共和国外资企业法》的要求,公司设有董事三名,其中董事长一名,副董事长一名,董事一名。公司的每次重大决定都按照公司章程的规定,召开董事会并形成决议。境外主体中国印染根据新加坡的法律要求及新交所的上市要求,聘请了独立董事,其中公司独立董事长则由在新加坡享有很高声望的林某某先生出任。林某某是原政府高级公务员,曾荣获新加坡政府颁发的公共管理奖金,因期货事件遭致重大损失后重组的新加坡"中航油"公司就是请他出任独立董事长。

4.上市过程的时间表

公司从设立到完成在新加坡的上市不过短短三年,在公司和各方中介的辛勤工作下,公司上市过程中的每一步都走得稳健而有序:

2004 年 6 月，聘请我所作为专项法律顾问；

2005 年 12 月，公司决定聘请新加坡金英资本作为上市的保荐人、腾福律师事务所作为发行人律师、胡官陈均富会计事务所作为发行人会计师；

2006 年 4 月，完成对公司及中国印染的股权重组；

2006 年 4 月，中国律师完成尽职调查报告，新加坡审计师完成审计报告，保荐人完成招股说明书的撰写；

2006 年 4 月底，向新加坡交易所递交上市申请；

2006 年 5 月底，新加坡交易所第一轮反馈意见；

2006 年 7 月 12 日，中国印染通过新加坡交易所主板的上市条件审核；

2006 年 8 月，新加坡金融管理局反馈意见；

2006 年 8 月 28 日，新加坡金融管理局同意中国印染招股书的登记；

2006 年 9 月 7 日，中国印染在新加坡交易所主板挂牌上市。

三、中国律师在江龙项目中主要进行的工作

1. 上市方案的策划

(1)上市地的选择

在与公司刚开始接触时，其已经是一家外商独资企业，且主要是从事出口业务，因此根据公司的股权结构及业务方面的特点，我们认为选择海外上市是比较适合公司的融资之路。

当时，香港和新加坡证券市场是浙江民营企业中比较流行的上市地，一方面是因为它们除了主板之外还设有上市门槛不高的创业板和二板市场，适宜各种规模的企业选择。另一方面是因为这两处的证券交易所都有比较高的融资效率，从准备到申请到正式发行所需的时间远远短于国内上市。

但是选择新加坡还是香港，必须根据企业的自身特点。我们在对公司进行了初步尽职调查后，认为新加坡更适宜于公司。因为公司从规模和盈利能力看都已经符合了两个市场主板的上市条件。但是在香港主板上市，除特定行业外，都必须满足三年营业纪录，管理层最近三年维持不变，拥有权和控制权最近一年不变；而新加坡主板上市的三个标准中只有一个要求，即有三年营业纪录，管理层服务期限的要求也比较灵活。因此对于当时设立时间不足半年，工厂尚未正式投产的公司而言，我们提出在新加坡上市的方案更能帮助企业节约时间和成本。

(2)离岸公司的成立

境外上市的重要步骤就是企业的股权重组。中国企业的境外上市一般

都选用间接上市，即上市的主体不是中国企业本身而是其股东。一般先设立一家境外公司，全资控股中国企业，然后通过境外公司合并中国企业的全部盈利而完成在境外的上市融资。

离岸公司因为其设立的方便快捷、维护成本低及税务优势，是中国企业境外上市股权重组过程中时常采用的高效工具。虽然不同的上市地对不同离岸公司的上市资格有不同的规定，但是离岸公司依然在公司的重组结构中起到不可或缺的桥梁作用。在公司的重组方案中，根据我们的建议公司新设立了两家英属维京群岛的 BVI 公司，即百福 BVI 和江龙 BVI，作为公司上市体系中的桥梁：公司的实质控制人是江龙 BVI 的控股股东，而江龙 BVI 是百福 BVI 的惟一股东，百福 BVI 又 100% 持股公司。

2. 对江龙公司的尽职调查及发表的法律意见

从与公司建立法律服务关系起，我们一共进行了两次详尽的尽职调查。第一次是在 2004 年 6 月的初次尽职调查。根据这次调查的结果，我们为公司设计了初步的上市方案和重组框架，根据上市的要求向公司提出了在生产经营活动中应该注意的法律问题；第二次是在 2006 年初，根据新加坡上市的要求，配合新加坡中介对公司进行深入广泛细致的调查，并对公司在生产经营过程中涉及的一切中国法律问题发表专业意见。在这些尽职调查的过程中，我们对公司的主体、关联公司、资产、重大债权债务、公司治理结构、主要生产业务、劳动用工、环境保护、税收和诉讼仲裁等方面进行了重点核查。在公司的整个上市过程中，我们帮助公司起草了全部的中国法律文书、对新加坡方面提出的中国法律问题进行了解答并根据要求发表书面法律意见，还在上市申报之前签署了《公司纺织印染有限公司律师尽职调查报告》。

3. IPO 文件申报后的两次反馈意见

公司在 2006 年 4 月向新加坡交易所递交上市申请后，新加坡交易所和新加坡金融管理局先后发回了反馈意见，要求公司对其指定的一系列问题作出书面回答。此回答最终由新加坡保荐人回复新交所，而其中涉及中国法律的问题则由新加坡律师与我们协商后定稿。

法律意见

一、重组过程中的重点法律问题

公司上市筹备的过程中，我国的资本项目项下外汇管理制度发生了紧急且重大的变化：2005 年 1 月 24 日，国家外汇管理局颁发了《关于完善外

资并购外汇管理有关问题的通知》;2005 年 4 月 8 日,国家外汇管理局颁布了《关于境内居民个人境外投资登记及外资并购外汇登记有关问题的通知》;2005 年 10 月 21 日,国家外汇管理局颁布了《关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》,该文件同时废止了前两个文件。

这些文件均旨在加强国家外汇管理部门对境内居民在海外设立公司及通过其设立的海外公司并购国内企业的监管力度:(1)将境内居民法人或境内居民自然人以其持有的境内企业资产或权益在境外进行股权融资(包括可转换债融资)为目的而直接设立或间接控制的境外企业界定为特殊目的公司;(2)境内居民设立或控制境外特殊目的公司之前,应向所在地外汇管理部门申请办理境外投资外汇登记手续;(3)境内居民将其拥有的境内企业的资产或股权注入特殊目的公司,或在向特殊目的公司注入资产或股权后进行境外股权融资,应就其持有特殊目的公司的净资产权益及其变动状况办理境外投资外汇登记变更手续;(4)特殊目的公司使用境外融资所得资金返程投资应办理有关外汇登记手续;(5)境内居民从特殊目的公司获得的利润、红利及资本变动外汇收入应于获得之日起 180 日内调回境内;(6)对境内居民已在境外设立或控制特殊目的公司并已完成返程投资,但未按规定办理境外投资外汇登记的,应于 2006 年 3 月 31 日前到所在地外汇局补办境外投资外汇登记。

参照上述规定,在公司最终确定的上市结构中,由公司实际控制人(中国自然人)直接或间接控股的江龙 BVI 和中国印染均属于特殊目的公司,因为这两家公司已经在 2005 年 10 月 21 日外管局文件之前完成了设立及返程并购公司的工作,因此根据当时适行有效的外管局的规定,应在 2006 年 3 月 31 日之前在境内居民所在地即浙江绍兴县完成境内居民个人境外投资外汇登记备案工作。2006 年 3 月 28 日,公司的实际控制人在国家外汇管理局绍兴市中心支局完成了备案工作。我们在核查了相关的备案登记文件后,对公司是否符合中国的外汇管理制度,发表了合法性意见。

二、尽职调查中关注的重点法律问题

1. 对公司主体的核查

我们通过调阅公司的工商登记资料获知:公司的建设立项获得了浙江省发展计划委员会的批准;公司的合资合同与章程获得了绍兴县外经贸局的批准;公司取得了浙江省人民政府颁发的外资投资批准证书;公司取得了

PDG

浙江省绍兴市工商局核发的企业法人营业执照;公司在获得营业执照后又先后从有关部门领取了公司依法经营所需的《中华人民共和国组织机构代码证》、《开户核准通知书》、《外商投资企业外汇登记证》及《外商投资企业税务登记证》等文件。公司在注册成立后,公司的注册资本、股东、董事发生了多次变更。经我们核查,公司的每一次变更都取得了外经贸部门的核准,并及时在工商局换领了营业执照。通过上述核查,我们认为公司是一家中国境内有效成立并合法存续的法律主体。

在对公司主体的核查中,我们还重点关注了公司注册资本的分期到位情况,通过对验资报告、银行缴付款凭证、公司换领的历次营业执照的调阅,我们认为公司的注册资本缴付是真实、有效,符合法律法规及公司章程约定的。

2.关联人及关联交易的核查

在整个上市过程中,公司的关联交易一直是我们重点关注的问题。新加坡交易所在上市条件的实质性审查中并没有明确关联交易应该控制在怎样的范围内,但原则是发行人的关联交易必须作价公允。我们一方面通过调查关联人的工商资料、关联交易合同及关联往来的账务,在尽职调查报告中对公司的关联人及关联交易情况进行了详尽的描述,作为新加坡中介对关联交易发表意见的基础材料,另一方面敦促公司规范日常运作,尽量减少关联交易数额。在挂牌上市前,公司基本清理和结束了其存在的关联交易。

3.资产的核查

我们对公司拥有的土地、房产、机器设备、商标、知识产权等资产进行了详尽的核查。土地、房产是公司最重要的资产,我们核查了公司土地的来源、土地合同的签署、土地款的支付、土地使用权证、房屋建设过程中必备的规划许可证、施工许可证等、房屋所有权证、房屋租赁合同,确保公司拥有或使用土地、房产是合法有效的。公司拥有比较多的先进进口设备,因此在核查资产时,对进口设备是否履行了海关登记、免税程序进行了重点的核查。

4.重大债权债务的核查

我们主要审查了公司的银行借贷合同、承兑协议,审查了公司在业务往来中对前五大客户及前五大供应商的重大销售合同、加工合同。通过对上述重大合同条款的研究,判断合同是否合法有效,公司在履约过程中是否存在潜在风险和纠纷,并及时提醒公司注意改进合同。

5.劳动用工的核查

印染企业往往是劳动密集型的企业,用工人数多,用工方式灵活。我们

PDG

根据该行业特点核查了员工与公司签署劳动合同的情况，并重点关注了员工基本养老保险金等社会保险费用的缴付情况。我们根据公司实际缴付社会保险费用的凭证资料以及公司所在地主管社会保险的有权机关的书面证明等文件，确认公司已经履行了法律法规规定的社会保险义务。

6.环境保护的核查

印染是国家重点管理的重污染企业，根据国家的法律法规，印染项目在立项时就应该提交环境影响报告书，并需要经相关环境保护管理部门的审核。我们通过调查公司生产过程中的实际产量、实际排污量，比照公司获得的环境保护管理机关的许可产量、排污量，并根据公司所在地主管环境保护的有权机关对公司环境保护执行情况的证明文件，确认公司的生产经营行为是符合相应的环境保护要求的。

7.税收的核查

公司作为外商独资企业享受国家税收优惠政策。我们审查了公司适用的税种、税率，税务机关确认公司享受税收优惠的证明文件，公司是否受到税务机关的行政处罚，税务机关关于公司自成立以来是否存在欠税情况的证明，确认公司在履行税收义务上是符合中国法律法规及其他规定的。

三、反馈意见中的主要问题

公司在向新加坡交易所递交上市申请后，新加坡交易所及新加坡金融管理局先后就招股书的内容提出了不同的问题。因为两个机构职能的不同，因此所关注的重点也大相径庭。新加坡交易所主要是对发行人的发行条件进行实质性审查，在涉及中国法律方面他们询问了公司是否符合中国环境保护的要求、公司的知识产权是否存在纠纷的问题；而金融管理局作为新加坡金融制度的监管者从宏观的角度询问了中国入世后，公司的产品出口是否需要被征收中国的出口关税，及是否存在配额限制的风险。我们通过进一步的核查，确认公司在环境保护方面已经取得了环保部门核准的与实际生产能力相匹配的许可产量，符合中国的环境保护法律，公司的自有知识产权是通过合法途径取得，正在申请中的知识产权也未涉及任何纠纷。对于金融管理局的问题，我们核查后获知，公司出口的纺织品不需要征收出口关税，因为出口地主要为中东，因此也不存在出口配额的限制。

经典评析

一、在境外上市过程中涉及的特殊法律问题

第一，与国内上市不同，境外上市的股权重组过程中往往需要设立境外公司，离岸公司往往是不错的选择。所谓境外的离岸公司，是指公司的注册地址与实际的经营地址相分离。目前世界上有很多国家和地区专门开设离岸公司的设立的特殊规定，如英属维京群岛、开曼群岛、百慕大及塞舌尔等。这些离岸公司的设立时间短、成本低，且易被境外证券市场所认可。此外，离岸公司的注册地一般还是避税天堂，公司的设立者只需要缴纳数额较小的公司注册费用和年检费用，就可以豁免所得税。

然而，从 2005 年开始国家对境内法人及个人设立以上市融资为目的的境外公司加强了监管。上文第二部分第一点中已经提到，境内居民在新设境外公司之前应到外汇管理机关进行外汇登记。而且，当境外公司返程投资境内企业时，外经贸管理部门和工商行政管理部门要求境外公司出具设立地中国使领馆对其主体资格的认证文件。

第二，境外上市还受到国家多部门的综合监管，受到国家专门法律的规范。2006 年 8 月 8 日，商务部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家工商行政管理总局、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局六部委联合颁布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下称“新并购条例”)，自 2006 年 9 月 8 日起实施。该文件对境内企业以境内资产间接到境外上市规定了更为复杂而严格的审批程序：(1)境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司名义并购与其有关联关系的境内的公司，应报商务部审批；(2)定义了“特殊目的公司”，系指中国境内公司或自然人为实现以其实际拥有的境内公司权益在境外上市而直接或间接控制的境外公司；(3)特殊目的公司境外上市交易，应经国务院证券监督管理机构批准；(4)境内公司在境外设立特殊目的公司，应向商务部申请办理核准手续；(5)境内公司及自然人从特殊目的公司获得的利润、红利及资本变动所得外汇收入，应自获得之日起 6 个月内调回境内。

公司由于在 2006 年 9 月 7 日完成了上市，因此没有适用新并购条例。但是新并购条例的颁行无疑会对今后的境内企业的境外上市实务操作带来重大影响。

第三，境外上市中，除了境内公司需要受到中国外商投资、外资企业、外

汇管理、税收、海关等方面特殊的法律法规的监管,同时上市主体(发行人)亦要受到上市地的法律法规、交易所规则的约束。因此境内企业在境外上市实际上受到了多个法域的管辖,因此要求公司的法律顾问能提供所在法域全面而权威的专业法律意见。

二、律师在境外上市过程中的特殊作用

在境外上市的过程中,中国律师不但要扮演中国法律的权威专家的角色,更需成为企业与境外中介沟通中的桥梁。桥梁作用主要有两方面,一为法律业务上,二为语言上。在公司的整个上市的过程中,公司聘请的法律机构除了中国律师和新加坡律师外,还有保荐人律师。因为不同的国家法律体制的差异,对于中国法律,新加坡中介总是充满了疑问。对于他们的这些疑问,中国律师必须给予详尽而权威的解答。境外上市中,一般递交的文件都需要用英语,民营企业又往往缺少外语人才的储备,因此更需要律师有良好的英语能力。此外,在企业上市后,因为受到两个国家不同法域的法律制度监管,因此要时刻关注境外监管的动态,及时与境外的律师交流法律信息,使企业在境内的生产活动符合两国的法律法规及交易所制度。



律师在外商投资企业设立中的作用

——某外商投资企业设立全程法律服务评析

朱昌明*

案情简介

A公司为国际著名的氟化工生产企业，为降低生产成本，占领中国市场，A公司欲在浙江投资建厂。B公司为浙江民营企业，拥有氟化工的原料基地和国内通畅的销售渠道，但其化工产品属于初加工产品，附加值较低，B公司有意寻找机会和国外企业合作以使产业升级。

2006年3月，经过一年多的接触和谈判，A公司和B公司就氟化工深加工项目达成意向，即成立一家中外合资公司，投资总额2700万美元，注册资本1350万美元，其中货币资金1150万美元，专有技术出资200万美元，中方以人民币出资持有49%股权，外方以外币和专有技术出资持有51%股权。合资公司的组织形式为有限责任公司，经营期限50年。合资公司主营聚四氟乙烯产品的生产和销售。

本所律师有幸接受B公司委托为该中外合资公司的设立提供全程法律服务，包括项目核准、公司设立审批、公司注册登记、税务筹划等相关法律服务。凭借丰富的外商投资法律服务经验，本所律师圆满完成该中外合资公司设立的法律服务工作，该公司已经如期开业运营。

法律意见

本所律师对投资项目和合资公司的情况进行充分了解后，结合投资管理体制的改革要求，根据新《公司法》和《公司登记管理条例》的规定，向B公司出具了正式法律意见书，并对其中存在的潜在风险和可行的操作方法，提供详尽的分析参考意见。

---

* 朱昌明：男，浙江工商大学经济学硕士毕业。专于公司、证券法律领域，专职律师。

敬启者:按照贵方的工作指示,我们就贵方与A公司共同设立中外合资公司的相关事宜提出如下意见,谨供参考。

(一)关于出资

1. 投资总额与注册资本的比例关系

根据《中外合资经营企业法实施条例》的规定,合营企业的注册资本一般应当以人民币表示,也可以用合营各方约定的外币表示。

根据国家工商行政管理总局发布的《关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定》,中外合资经营企业的注册资本与投资总额的比例,应当遵守如下规定:

(1)中外合资经营企业的投资总额在三百万美元以下(含三百万美元)的,其注册资本至少应占投资总额的十分之七。

(2)中外合资经营企业的投资总额在三百万美元以上至一千万美元(含一千万美元)的,其注册资本至少应占投资总额的二分之一,其中投资总额在四百二十万美元以下的,注册资本不得低于二百一十万美元。

(3)中外合资经营企业的投资总额在一千万美元以上至三千万美元(含三千万美元)的,其注册资本至少应占投资总额的五分之二,其中投资总额在一千二百五十万美元以下的,注册资本不得低于五百万美元。

(4)中外合资经营企业的投资总额在三千万美元以上的,其注册资本至少应占投资总额的三分之一,其中投资总额在三千六百万美元以下的,注册资本不得低于一千二百万美元。

此外,根据国家工商行政管理总局关于《国家工商行政管理总局关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定》第5条解释的复函,外商投资企业在经批准登记后,增加出资的,计算追加的注册资本与增加的投资额相比,其比例也应按照上述规定执行。

2. 交付出资的时间要求

根据国家工商行政管理总局、商务部、海关总署和国家外汇管理局于2006年4月27印发的《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》(下称"《执行意见》"),外商投资的有限责任公司(含一人有限公司)的股东首次出资额应当符合法律、行政法规的规定,一次性缴付全部出资的,应当在公司成立之日起六个月内缴足;分期缴付的,首次出资额不得低于其认缴出资额的百分之十五,也不得低于法定的注册资本最低限额,并应当在公司成立之日起三个月内缴足;其余部分应当自公司成立之日起2年内缴足,其中投资公司可以在5年内缴足。有关外商投资的法律

及其他法律及行政法规另有规定的,从其规定。

3.关于出资方式

根据《中外合资经营企业法实施条例》的规定,合资双方可以用货币出资,也可以用建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。而按照《执行意见》的规定,外商投资的公司的股东的出资方式应当符合《公司法》第二十七条、《公司登记管理条例》第十四条和《公司注册资本登记管理规定》的规定。在国家工商行政管理总局会同有关部门就货币、实物、知识产权、土地使用权以外的其他财产出资作出规定以前,股东以《公司登记管理条例》第十四条第二款所列财产以外的其他财产出资的,应当经境内依法设立的评估机构评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。实缴出资时还必须经境内依法设立的验资机构验资并出具验资证明。

《执行意见》同时指出,中外合资的有限责任公司的股东以《中外合资经营企业法》规定的实物(含设备)、工业产权等非货币财产(土地使用权除外)出资的,其价格可以由合营各方评议商定。

4.关于货币及汇率的约定

根据《中外合资经营企业法实施条例》第二十三条的规定,外国合营者出资的外币,按缴款当日中国人民银行公布的基准汇率折算成人民币或者套算成约定的外币;中国合营者出资的人民币现金,需要折算成外币的,按缴款当日中国人民银行公布的基准汇率折算。

按照《执行意见》要求,作为外商投资的公司注册资本的外币与人民币或者外币与外币之间的折算,应按发生(缴款)当日中国人民银行公布的汇率的中间价计算。根据中国人民银行 2005 年 7 月 21 日发布的《关于完善人民币汇率形成机制改革的公告》(【2005】第 16 号),自 2005 年 7 月 21 日起,中国人民银行于每个工作日闭市后公布当日银行间外汇市场美元等交易货币对人民币汇率的收盘价,作为下一个工作日该货币对人民币交易的中间价格。

(二)关于法律文本结构的安排

A 公司提出将《商标和名称的使用协议》、《技术出资和技术协助协议》作为独立的协议,在合资公司成立后由合资公司与德方签署。我们理解,A 公司的要求不利于贵方及合资公司的经营,贵方应坚持将上述协议作为合资合同的附件。理由如下:

1.A 公司的专有技术作为出资的一部分,作价 200 万美元。专有技术

的出资与现金形式不同，除交付相关的资料、凭证外，必须提供必要的技术协助和服务，保证合营公司生产出符合要求的产品，以证明其提供的专有技术的先进实用性，故技术协助和服务也是其必须履行的出资义务之一。

2. 虽然商标和名称的使用没有作价，但与作为出资的专有技术一样，是双方同意进行合资经营的实质性条件之一。《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第二十六条明确规定："外国合营者以工业产权或者专有技术作为出资，应当提交工业产权或者专有技术的有关资料，包括专利证书或者商标注册证书的复制件、有效状况及其技术特性、实用价值、作价的计算根据、与中国合营者签订的作价协议等有关文件，作为合营合同的附件。"根据该条规定，商标和名称的使用协议、技术出资和技术协助协议等应作为合营合同的附件。

3. 以上两项加上约定的现金出资部分，将构成德方对中方承诺的全部出资义务。如德方违约，中方有权追究其违约责任。所以，该协议体现了股东之间的出资分配关系，而不是作为技术、商标、名称所有者(A 公司)与受让方(合资公司)之间的无形资产使用权买卖关系，法律主体应为 A 公司和 B 公司。

4. 因存在以上所述的出资关系，该技术、商标、名称的使用权转让不涉及任何使用费的支付事项，在该协议项下，合资公司只作为受益方，而不承担任何义务。一旦 A 公司违约，对合资公司造成的任何损害或损失，B 公司有权追究 A 公司违约责任，要求 A 公司赔偿损失或采取其他救济措施，以维护中方和合资公司的利益。

5. A 公司认为合资公司应向 A 公司支付技术转让费、商标许可使用费，显然将该协议内容误认为是合资公司与其的知识产权买卖合同，对该协议的性质判断发生了根本性错误。

此外，我们理解，贵方坚持该上述协议作为合同的附件的重要原因之一，是考虑到适用法律的问题。由于合资合同适用中国法律，其附件必然适用中国法律。如上述协议不作为主合同的附件，德方可能坚持适用德国法律，于贵方不利。

(三)关于行政许可程序

我们理解，贵方与 A 公司应履行以下行政许可程序：

1. 项目核准

根据《外商投资项目核准暂行管理办法》的规定，外商投资项目的核准不再经过批准项目建议书、可行性研究报告的程序，仅需提交项目申请报

PDG

告,报审批部门(各级发展改革委员会)审批。

贵方应注意在提交项目申请报告前应取得以下许可:城市规划部门出具的项目选址意见;国土资源部门出具的项目用地预审意见;环境保护部门出具的环境影响评价文件的审批意见等。

此外,基于我们对项目的调查和理解,贵方还应取得水资源论证报告、职业病危害预评价报告等许可文件。

2. 审查批准

项目核准后,贵方和 A 公司应签订合同、制定章程,将合同、章程等法律文件报送审批部门(商务管理部门)审批。获得批准后,由商务部门颁发外商投资企业批准证书。

本阶段应提交的文件还包括项目核准文件、董事任命名单以及中外投资者的主体资格证明、资信证明等,其中外国投资者的主体资格证明或身份证明应当经所在国家公证机关公证并经我国驻该国使(领)馆认证,香港、澳门和台湾地区投资者的主体资格证明或身份证明应当依法提供当地公证机构的公证文件。

此外,A 公司还应向审批机关提交《法律文件送达授权委托书》,以后审批机关向被授权人送达即视为向外国投资者送达,这就解决了向外国投资者送达法律文书的问题。

3. 登记注册

贵方和 A 公司应在领取外商投资企业批准证书后向公司登记机关办理登记注册手续,领取营业执照。并在领取营业执照起 30 日内向有关部门办理相关登记手续,如到银行开立外汇及人民币账户;到税务部门办理税务登记;办理海关登记;到外汇管理部门办理外汇管理登记等。

需要注意的是,按照《执行意见》的规定,中外投资者向公司登记机关申请设立登记时遵循内资公司登记注册的一般规定,将不再提交合同和投资者的资信证明,但必须提交外国投资者的主体资格证明或身份证明的公证、认证文件,以及《法律文件送达授权委托书》。

经典评析

按照《公司法》的规定,有限责任公司是由 50 个以下的股东共同出资设立、股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任、公司以其全部财产对公司的债务承担责任的企业法人。而根据《中外合资经营企业法》第四条的规定,合资经营企业的形式为有限责任公司,所以合资公司是有限责任公司的

PDG

一种,其与普通有限责任公司的区别在于股东的国籍构成不同,其他具有法人资格的合作企业、外资企业也是有限责任公司的一种。既然具有法人资格的外商投资企业都属于有限责任公司,那么其从设立、活动、组织机构当变更以及解散等内外法律关系本应统一适用公司法中关于有限责任公司的规定,但实际上,外商投资企业主要受外商投资企业法等相关法律的管辖。

外商投资企业法作为特别企业形式的立法,它本来应是在《公司法》颁布之后施行。然而,中国对外开放和经济体制改革的发展决定了企业立法不可能按一般的立法模式循序渐进地推进,1979 年《中外合资经营企业法》就颁布了,1986 年、1988 年又分别颁布了《外资企业法》和《中外合作经营企业法》,而作为这三个外商投资企业法基础和前提的公司法,到 1994 年 7 月 1 日才施行。所以,外商投资企业法的先天不足以及它与公司法的矛盾和冲突也就不足为奇了。

在此问题上,《公司法》第二百一十八条作了协调性的原则规定,即:外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法;有关外商投资的法律另有规定的,适用其规定。《执行意见》又对《公司法》的原则规定作了进一步细化。

需要注意的是,中外合资、中外合作的有限责任公司须按照有关规定设立董事会作为权力机构,公司的其他组织机构由公司章程依法规定;外商合资、外商独资的有限责任公司和外商投资的股份有限公司的组织机构应当符合《公司法》的规定,建立健全公司的组织机构。

笔者认为,根据《公司法》的规定,有限责任公司和股份有限公司应当设立监事会,只有股东人数较少或者规模较小的有限责任公司可以设一至两名监事,不设监事会。由此可以看出,监事制度是《公司法》强制要求设立的,而有关外商投资的法律对此并没有另外规定,因此,根据法律适用原则,所有类型的外商投资公司应当设立监事制度,而对于监事制度的组织形式(监事会还是监事)、产生方式(选举还是委派)、任期、职权等具体事宜可以由公司章程根据各自公司的情况进行规定。

实践中,公司登记机关在对公司章程审查过程中发现外商投资的公司没有设立监事制度的,视为不符合《公司法》规定的设立条件的,有权要求公司修改,否则不予受理;公司根据公司登记机关要求所进行修改后,应当在办理变更登记手续后 30 日内依法向审批机关办理变更手续。

债转股出资到位,股东理应不担责

——乙电力实业总公司被诉出资不实案评析

游　弋*

2006年5月份,笔者办理了一起股东债转股出资不实的上诉案,该出资由于发生在《中华人民共和国公司法》刚开始实行的1994年,而且当时没有明确规定“债转股”出资方式,并且公司是在集体企业重组的基础上设立及当时注册资本并没有会计师事务所验资的实际情况,这些事实给本案的上诉增加了压力。通过笔者对《公司法》原旨的理解及在调查充分证据的基础上,浙江省高级人民法院结合当时的法文化背景的客观情况,采纳了笔者的意见,判决股东债转股出资到位,股东不应承担责任。笔者对其进行了浓缩,考虑到便于保护本案原告的利益,原告的名称暂时用化名,写下办案心得与体会,与同仁及朋友共勉。

案情简介

甲市青山轧钢厂(以下简称“轧钢厂”)、甲市青山炼钢厂(以下简称“炼钢厂”)系浙江省乙市青山工业总公司(以下简称“工业公司”)下属的集体企业。1994年10月份,工业公司以乙县会计师事务所验证的轧钢厂、炼钢厂的净资产5063.5673万元出资,甲乙电力实业总公司(以下简称“电力公司”)以轧钢厂欠其债权100万元出资,轧钢厂厂长周某某以乙市青山镇政府核定而未支取的奖金22.4327万元出资,共同设立浙江青钢集团有限公司(以下简称“青钢集团”)并签订了出资协议书,乙市、甲市及浙江省体改部门均同意青钢集团成立,为此,乙市工商行政管理局给其颁发了法人营业执照。当时会计师事务所并未出具青钢集团的验资报告,轧钢厂、炼钢厂在青

* 游　弋:男,毕业于武汉大学,曾从事过财务及审计工作,具有会计师中级职称和注册会计师资格,擅长办理金融证券、改制上市、重组并购、破产清算及房地产、税务筹划业务,专职律师。

钢集团成立后并未依法注销及清算。2000年,炼钢厂被乙市工商局吊销了营业执照,2002年工业公司被乙市工商局吊销了营业执照。青钢集团自2001年后,基本上处于歇业状态,且官司缠身,其房地产及设备等被法院依法进行了处置,剩下也是一个空壳。

2004年,丙市某钢铁有限公司(以下简称"某公司")凭青钢集团的对账单向杭州市中级人民法院提起诉讼:(1)要求青钢集团偿还其货款2690408.98元及利息413656.97元;(2)工业公司、电力公司及周某某在出资不实的范围内对上述货款及利息承担连带清偿责任;(3)轧钢厂、炼钢厂在其承诺投入青钢集团的资产范围内对上述货款及利息承担连带责任。其并向人民法院申请了财产保全,杭州中院依法查封了电力公司账户上的资金180余万元。

各被告辩称如下:青钢集团承认欠款属实;工业公司未依法出庭应诉;电力公司辩称其债转股属实,出资已到位,青钢集团已认可,并举证青钢集团的房地产及实物也被人民法院处置的证据,且质疑青钢集团欠款的真实性;周某某辩称出资的奖金自己并未在轧钢厂领取,因而出资到位;轧钢厂、炼钢厂未依法出庭应诉。

杭州中院经审理查明:(1)青钢集团欠某公司货款属实,有青钢集团出具给某公司的对账单,并且青钢集团法定代表人当庭认可,无须其他证据证实;(2)工业公司其所属的轧钢厂、炼钢厂的净资产5063.5673万元出资,电力公司以轧钢厂欠其债权100万元出资,周某某以乙市青山镇政府核定而未支取的奖金22.4327万元出资;(3)电力公司于1993年向轧钢厂汇款50万元,汇款用途为投资,电力公司下属企业甲乙电力物资公司向轧钢厂购买变压器及配套设备价值496965元;(4)1995年,青山镇经济委员会核定周某某奖金228761元,要求青钢集团发放,上述款项周某某未领取。

杭州中院经审理认为:(1)青钢集团欠款事实清楚,电力公司提出的要求核对发票及青钢集团的收货票据理由不充分;(2)青钢集团成立后,轧钢厂、炼钢厂未注销,亦未按公司章程约定办理相应的财产过户手续,故不能认定轧钢厂、炼钢厂的全部资产已转移至青钢集团的名下,故而工业公司出资未到位的事实清楚;(3)电力公司举证其汇款给轧钢厂50万元的汇票委托书(实际上是50万元的汇票,银行已盖了章),但不能证明轧钢厂已收到,轧钢厂欠电力物资公司的货款并不意味着欠电力公司的货款,退一步来讲,即便轧钢厂欠电力公司款项,但由于轧钢厂并未将其资产转让给青钢集团,故而电力公司出资未到位;(4)周某某已证明其未领取镇政府核定的奖金,

对此，某公司并未举证证明周某某领取奖金，故而周某某出资到位；(5)轧钢厂、炼钢厂系工业公司出资的标的物，不属青钢集团的股东，不存在出资的义务。

杭州中院判决：(1)青钢集团于判决生效后十日内支付某公司货款2690408.98元及利息 413656.97 元；(2)工业公司、电力公司在其出资不实范围内对上述青钢集团应付款承担连带责任；(3)驳回某公司其他诉讼请求。

案件判决后，由于青钢集团及工业公司已无任何财产可供执行，还款就由电力公司来负责了。更重要的是，本案中股东出资不实的连带责任一旦认定，对于电力公司来讲，不仅是本案的 300 余万元债款，还将意味着要承担工业公司出资不实的责任，那样，电力公司有可能走向破产的边缘。电力公司感到很委屈，便找到笔者。通过本所律师分析，决定依法向浙江省高级人民法院上诉。

争议焦点

1. 某公司的对账单作为主张债权的证据是否充分。

某公司的债权证据是唯一的对账单；由于青钢集团现实中已不存在，其法定代表人早已到青山湖经济开发区管理委员会任其他职务，集团无任何人员，电力公司认为不排除某公司与青钢集团串通的可能，要求某公司举证其送货单及发票等，但某公司并不同意。

二审法院认为某公司举证青钢集团的欠款充分。

2. 轧钢厂欠电力公司 100 万元债务是否充分。

二审中电力公司提供了当时的财务凭证及原件，并且当时在乙工商局登记的档案的出资协议书均可证实，对此，某公司仅是质证，但并不持异议。

3. 债转股是否合法。

某公司认为债转股原《公司法》没有规定，是不合法的；电力公司认为债转股本质上是股东之间出资的协议，法无禁止并不违法，并且列举了在旧《公司法》时代已发行并上市的公司如“科达机电”、“星马汽车”、“航天动力”这些公司的重组中，都存在债转股之情形，并且这些行为已得到了公司登记主管部门及证监委的认同。《民法通则》、旧《公司法》、证券委的《可转换公司债券管理暂行办法》及财政部《企业会计准则——债务重组》等法律均对“债转股”作了一定的规定，同时该债转股也取得了当时乙市体改办的认同。

二审法院认为债转股是合法的。

4.没有验资报告是否意味着没有出资。

某公司认为没有验资报告,出资存在不实;电力公司认为虽然没有验资报告,那时由于旧《公司法》刚开始实施,本案通过足够的证据证明公司的资本是充实的,人民法院的审理活动就是查明事实,维护公正。

二审法院认可当时的情况,认为电力公司出资到位。

5.轧钢厂、炼钢厂资产是否转移到青钢集团。

某公司认为工业公司以轧钢厂、炼钢厂的净资产出资,但青钢集团成立后,两厂没有办理注销手续,故而其资产并没有转移给青钢集团;电力公司辩称青钢集团的房地产均来自轧钢厂,并举出了相应的证据证明轧钢厂的产权现已登记在青钢集团的名下,还有机器械设备、原材料等已转到青钢集团名下,这些资产因均青钢集团欠款纠纷而被乙市、杭州市中级人民法院查封了。两厂没有办理注销手续,仅是一个程序问题,其不能改变本案事实。

二审法院认可两厂资产转移之事实。

6.债转股之债是否一定属企业本身之债。

某公司认为债转股之债一定是青钢集团本身之债,否则不叫债转股。电力公司辩称,本案中债转股属公司改制设立时的债转股,原企业本身不存在,不同于企业成立后的债转股,但由于公司设立时的债务承继性及债权人的认可,因而债转股是有效的。

二审法院认可债转股之程序合法性。

7.一审认定周某某以未领的奖金出资充分,电力公司是否认定出资到位。

某公司对一审的认定不持异议;电力公司认为周某某以在轧钢厂的奖金没有领取就认定其出资到位,相比而言,处于同等地位的电力公司,其债转股也应予以认定。

二审认同电力公司的观点。

审理判决

浙江省高级人民法院于2006年7月17日作出了(2006)浙民二终字第129号民事判决,认为电力公司、工业公司及周某某对青钢集团的出资到位,判令青钢集团承担某公司的债款及利息,驳回了其他的诉讼请求。

经典评析

1.股东出资不实,股东应相互承担出资不实的连带责任。

最高人民法院1994年3月30日给广东省高级人民法院作出了《关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》,该《批复》第2条规定:企业开办的其他企业已经领取了企业法人营业执照,其实际投入的自有资金虽与注册资金不符,但达到了《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》第十五条第(七)项或者其他有关法规规定的数额,并且具备了企业法人其他条件的,应当认定其具备法人资格,以其财产独立承担民事责任。但如果该企业被撤销或者歇业后,其财产不足以清偿债务的,开办企业应当在该企业实际投入的自有资金与注册资金差额范围内承担民事责任。旧《公司法》第25条规定:股东不按照规定缴纳所认缴的出资,应当向已足额缴纳出资的股东承担违约责任。新《公司法》第28条规定:股东不按照前款规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。显然,最高院的批复仅是提到股东在出资不足的范围内承担补充赔偿责任;新旧《公司法》均只是提到股东出资的违约责任,而没有明确股东对债权人之债权承担出资不足之责任,更何况是连带责任。

笔者在办理此案时,也查阅了人民法院的相关案例,大多数法院主要是依据1994年最高人民法院的批复,判令出资不足的股东承担补充出资不足的赔偿责任,其他股东无任何责任。虽然《公司法》中并没有明确规定股东连带之说,但笔者认为此类判决是不妥当的。(1)新旧《公司法》均明示立法之目的是保护债权人、股东及公司之利益的,这为保护债权人的利益提供了立法基础;(2)新旧《公司法》均明示股东出资之有限责任,股东与公司之间,股东出资须充足;股东之间,出资不足须承担违约责任。个别股东出资的瑕疵,导致了公司有限责任的失衡,其是对债权人之利益的侵犯,而股东之间监控的过错,是导致公司有限责任失衡的原因,故而股东应对自己的过错承担责任,这种过错就意味着承担连带责任。正是出于对《公司法》股东出资瑕疵而应对债权人承担连带责任的理解,笔者研究本案杭州市中级人民法院的判决书,发现杭州中院也是持此理念,故而笔者在代理该案时,明确告诉电力公司在该案中应负责偿还300余万元的债款,如果青钢集团还负债的话,可能要承担工业公司出资不足的5000余万元责任,当时电力公司及其原代理律师认为其仅只承担补充责任100万元,经笔者解释杭州中院判

决书的内容及《公司法》的相关理解问题，另外当事人拿着判决书去咨询相关的法院，明白了自己面临的巨大压力。正因为如此，笔者从解决全部股东出资充足性的角度研案本案的情况，从而较好地维护当事人的合法权益。

2.出资不实举证责任有限倒置。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。笔者在办理本案时，发现原审中电力公司之所以败诉，其根本在于证据的充分性上有一定的瑕疵，没有过分关注自己的举证责任。从最高院的司法解释来看，原告须负责举证证明被告出资不足。但笔者认为出资充足的举证责任，应在被告股东方，因为从最高院的司法精神来看，对于原告来讲，他只要有证据证明股东出资有一定的瑕疵，他即完成了举证责任，由于股东及其公司掌握着其出资的核心材料，因而从公平分配举证责任而言，被告股东承担其出资充足的举证责任就有必要的了。而于本案而言，笔者查阅了当时的账簿及原始凭证记载，走访了轧钢厂房产权属变更资料及相关的动产转移资料，也是在于笔者大量的举证才让法院感觉原审实体上的确存在一定问题，从而导致本案的改判，这也是举证责任分配而造成了律师工作重点的转移，认真分析举证责任对于办案也是有必要的。

3.案情背景要结合当时情况来判断，维护交易安全符合法律之根本。

本案发生的背景正好是旧《公司法》刚刚实施的时候，故而公司在设立时的确存在一定的缺陷，如无验资报告，原企业以净资产出资但未吊销营业执照、债转股出资当时无规定。这些似乎看起来都仅仅是客观事实而非法律事实，但是只要细心，就能将其变为法律事实，而让法官接受代理人的观点。债转股虽然当时没有明确规定，但旧《公司法》、《证券法》及相关的会计准则均有债转股这一提法，这说明债转股在当时虽然超前，但其符合资本充足的理念，新《公司法》全面接受这一观点，说明当时法律的滞后性，这一过错不在于当事人，而在于立法者的思想，而司法实践的超前也弥补了立法缺陷的不足，也是基于此，法院采纳了这一思想。还有验资报告，其本质是解决资本充足问题，无验资报告，在当时的背景下并不意味着没有出资，只要有充分的证据来证实，即可解决这一问题。没有验资报告，工商机关有可能进行处罚，但那只是行政管理范围，但是出资是否充足，在司法实践中，主要靠证据，验资报告仅是其参考证据之一罢了。原企业以净资产出资但其营业执照没有吊销，但这仅仅是一种形式，法律重视的是事实。浙江省高级人民法院也是基于当时法文化背景的原因，结合法律规定，才作出了此判决。

笔者在办理此案时引用浙江省高级人民法院在 1990 年改判舟山市中级人民法院办理的"浙江六和盛房地产开发有限公司诉宋建华股东权纠纷案"作的评析来对本案进行评析:"在对民事行为的解释上,为充分发挥民商事审判对经济发展的导向作用,不得不考虑一个国家的经济环境和法文化背景等诸多因素。一般而言,当一个国家的市场经济越完善,市场主体会更好地判断其行为的法律后果,则法院应尊重当事人的意思自治而维护交易安全。"

公司国内上市的法律问题

——中国互联网第一股网盛科技发行上市

白志林[*]

案情简介

(一)中国互联网第一股上市

2006年12月15日,中国A股市场第一只真正意义上的互联网络股——网盛科技(002095)在深圳中小企业板成功上市。

网盛科技的全称为浙江网盛科技股份有限公司,此次发行价14.09元,发行市盈率29.98倍,为近期新股发行以来最高。首日上市的开盘价为68.10元,全天大幅震荡,盘中最高至78.00元,最低至53.05元,报收于62.8元,较发行价14.09元涨345.71%。

网盛科技专业从事互联网业务,旗下包括中国化工网、中国纺织网、中国医药网等垂直B2B电子商务网站,其中中国化工网成立于1997年,1998年就开始盈利,目前各网站年总体盈利接近3000万元。

(二)网盛科技的改制

网盛科技自成立以来,与中国许多民营企业一样,并未建立起科学合理的法人治理结构。当网盛科技启动改制后,参与改制的中介机构便着手进行相应的股权结构调整。一方面,对网盛科技及其关联企业的业务进行整合,避免同业竞争,减少和规范关联交易;另一方面,对网盛科技及其关联方的股权进行调整,理顺股权关系,同时对管理层进行激励。基本方案确定后,中介机构又对网盛科技改制中所涉及的税收成本、资金运转等方面进行了详细的论证,最后制定出一套操之可行的改制方案。

作为网盛科技改制的律师,我们主要从公司的历史沿革、历次股权转让

---

* 白志林:男,清华大学硕士研究生毕业,擅长公司、金融证券、投资并购、知识产权业务,专职律师。

及增资、公司的业务、税收、重大合同等方面进行了尽职调查,对调查中所发现的问题逐一提出解决方案。由于网盛科技属民营企业,未涉及国有资产和集体资产,其产权结构尚属清晰,不存在产权不明或潜在的纠纷问题。因此,我们的主要任务是,在理清网盛科技的整个股权结构的基础上,制作各种法律文本,并对改制过程中新产生和发现的问题,从法律角度进行分析判断,提出解决的方案和办法。

由于网盛科技改制时,当时的《公司法》规定设立股份公司,需要政府相关部门的批准,而且根据政府的相关要求,律师要对股份公司的设立出具法律意见书。所以,律师要配合其他中介机构制作审批所需要的各种文本及法律意见书。该法律意见书主要对改制成股份公司的主体、其历史沿革、股东、关联企业、重大资产重组、公司资产、关联交易和同业竞争、重大诉讼和仲裁、行政处罚等问题发表意见,对改制主体是否符合法律的规定出具明确的意见,对改制主体的整个改制过程是否符合法律规定发表意见。

政府的相关批复文件下来后,发起人出资到位,经会计师事务所进行验资,改制主体便需召开创立大会,就股份公司的设立事宜进行讨论。

律师在创立大会的召开过程中所要做的事情包括:制作创立大会所需要的各种文件,如会议通知、各种议案、表决票等;协助企业做好创立大会的整个召开程序,如出席会议的股东身份的合法性、会议召开的程序、表决的方式和程序、会议的记录等;最后是对整个创立大会召开的合法性进行监督,保证创立大会作出的决议合法有效。

创立大会作出同意设立股份公司后,律师应指导和协助企业进行相应的工商变更登记手续。当然,如果是新设股份公司,就不存在变更登记的问题。

(三)网盛科技的上市辅导

依照证监会原来的要求,股份公司上市前要进行最少为期一年的辅导,由中介机构对其董事、监事和高级管理人员进行公司规范运作、建立良好的公司治理结构、履行信息披露义务等方面的培训,律师主要从《公司法》、《证券法》及证监会的相关规范性文件的要求出发,对公司进行培训,明确董事、监事和高管的义务,保证其知晓在公司股票上市后所应遵守各种规章制度。会计师主要从财务角度,保荐机构主要从整个上市的角度,对公司进行相关的培训辅导。

在对网盛科技进行了为期一年的上市辅导后,浙江监管局进行了验收,认为网盛科技的辅导合格,已符合申报上市的要求。于是,中介机构便开始

着手上市申报材料的制作。

(四)网盛科技的上市申报

在上市申报阶段,中介机构一般都会派驻人员进行现场办公。在该阶段律师的主要工作是收集整理制作法律意见书所需的材料,制作律师工作报告和法律意见书,核查企业的各项经营运作是否符合相关的法律规定,对企业在此过程中所需制作的其他法律文书进行起草和审查等。

由于股票发行上市对一个企业来讲,是一件非常重要的事情,因此,律师要对公司相关的决议性文件进行严格的审查,对其程序的合法性进行判断。必要时,律师应直接参与该法律文件的制作,并对整个决策过程进行监督。

当整套的申报材料上报证监会后,证监会有一到两次的反馈,主要是针对申报材料中描述不清或需进一步澄清的内容进行补充,对某些问题发表更加明确的意见。律师在这个时段的主要任务是针对证监会的反馈意见收集资料,从法律角度对某个问题发表意见。

(五)网盛科技的发行和上市

2006 年 10 月 31 日,中国证券监督管理委员会发行审核委员会 2006 年第 54 次会议审核同意网盛科技首次公开发行股票。

2006 年 11 月 12 日,中国证监会以证监发行字[2006]133 号文核准网盛科技公开发行不超过 1500 万股新股。

至此,网盛科技公开发行的全部核准程序已经走完。

2006 年 11 月 24 日,网盛科技在规定的报纸和互联网站公布《首次公开发行股票招股意向书》、《首次公开发行股票的发行保荐书》、《首次公开发行股票初步询价及推介公告》等文件,向社会公众公开推介。

2006 年 12 月 1 日,网盛科技向社会公布《首次公开发行股票网下向询价对象定价配售和网上向社会公众投资者定价发行公告》、《首次公开发行股票初步询价结果及定价公告》,确定了首次公开发行股票的发行价格。

2006 年 12 月 7 日、8 日,网盛科技向社会公布了《首次公开发行股票网上定价发行申购情况及中签率公告》、《首次公开发行 A 股网上定价发行摇号中签结果公告》,网盛科技的公开发行股票过程已经完成。

2006 年 12 月 14 日,网盛科技向社会公布了《首次公开发行股票上市公告书》、《股票上市保荐书》等文件,网盛科技的股票在深圳证券交易所中小企业板上市。

2006 年 12 月 15 日,网盛科技的股票成功在深圳证券交易所中小企业

板挂牌上市,成为我国 A 股市场第一只纯网络股票。

法律意见

(一)改制过程中的法律问题

在整个改制过程中,律师所要做的工作主要是:(1)尽职调查;(2)与企业沟通,找出企业存在的问题,提出解决方案;(3)与其他中介进行沟通协调,对整个改制方案从法律角度提出建议和方案;(4)根据方案确定的时间和程序,制作各种法律文本,包括各种协议和公司章程等。

由于改制是公司上市的必经阶段(特指有限责任公司),改制的成功与否直接关系到公司将来的发行上市。所以,在改制前期的尽职调查及方案的制订上,应倾注大量的时间和精力。尽职调查应重点关注公司的历史沿革、重要资产、关联方及关联交易、重大资产重组、税收等方面的问题。在方案的设计中,应做到公司具有独立性、主业突出、关联交易规范和避免同业竞争等。

(二)辅导过程中的法律问题

由于证监会对公司上市前的辅导期限不作强制性的规定,根据一般的惯例辅导期定为三个月。在辅导期间,律师应为公司制作各种内控制度,完善公司的各项治理结构,并为公司董事、监事和高级管理人员培训上市所需的法律知识,包括《公司法》、《证券法》等相关的法律法规和证监会的各种规范性文件。

在此期间,公司更加规范运作。公司管理层熟知上市的各种规定,严格按照法律法规的规定处理公司的各种事务。公司的财务制度更加完善。公司的各项操作已符合上市公司的要求。

(三)上市申报阶段的法律问题

律师最终的成果体现在律师工作报告和法律意见书上,所以律师工作报告和法律意见书成为律师在本阶段所主要制作的法律文书。制作上述法律文书,主要从以下几个方面进行:(1)本次公开发行股票并上市的批准与授权;(2)发行人发行股票的主体资格;(3)本次发行上市的实质条件;(4)发行人的设立;(5)发行人的独立性;(6)发行人的发起人和股东;(7)发行人的股本及其演变;(8)发行人的业务;(9)发行人的关联交易及同业竞争;(10)发行人的主要财产;(11)发行人的重大债权债务;(12)发行人的重大资产变化及兼并收购;(13)发行人公司章程的制定及修改;(14)发行人股东大会、董事会、监事会议事规则及其规范运作;(15)发行人董事、监事和高级管理

人员及其变化;(16)发行人的税务;(17)发行人的环境保护、产品质量和技术标准;(18)发行人募集资金的运用;(19)发行人的业务发展目标;(20)发行人的诉讼、仲裁和行政处罚;(21)发行人招股意向书的法律风险及其评价;(22)发行人的其他问题。

律师在该阶段,还应为公司发行上市召开的股东大会制作各种法律文件,出具避免同业竞争的承诺等法律文本。同时,律师还应配合其他中介机构,随时为公司解答各种法律问题,或者向其他中介机构提供法律意见。

经典评析

公司上市是一个系统化的工程,涉及公司的方方面面,也涉及多个中介机构以及相关的政府部门。律师在其中起着重要的沟通、解释和协调的功能。律师的作用不仅仅在于出具相应的法律意见和起草各种法律文件,还表现为及时解答公司及其他机构提出的法律问题,处理上市期间遇到的各种与法律有关的问题。因此,律师的业务知识就不仅仅限制于《公司法》、《证券法》等与公司上市有直接关系的法律法规上,律师对拟上市公司所处行业、所做业务相关的法律知识亦应知晓,甚至应十分精通。同时,由于公司上市涉及公司的各个方面,与公司运作有关的合同、税务、环保、劳动用工、诉讼仲裁等法律知识亦要求一个证券律师必须具备。否则,律师所制作的法律文书必然会存在某种法律漏洞,在证券市场越来越规范、证券法规越来越严格的形势下,律师所承担的风险也会越来越大。



附期限股权转让合同是否有效?

——甲天堂硅谷创业集团有限公司诉杭州乙申光贸易有限责任公司股权转让纠纷案

刘为平　章晓洪*

案情简介

2001年3月24日,原告甲天堂硅谷创业投资有限公司(2005年7月8日变更为甲天堂硅谷创业集团有限公司,以下简称天堂硅谷)与被告甲乙申光电缆化学总厂(2002年3月6日变更为杭州乙申光贸易有限责任公司,以下简称申光贸易)签订《股权转让协议书》。双方约定,申光贸易将其合法持有的浙江鑫富生化股份有限公司(2000年11月10日,由申光电缆等七名股东在原杭州乙生物化学有限公司的基础上变更设立,2005年5月11日变更为鑫富药业)的股份中160万股以每股人民币1.25元的价格共计200万元人民币转让给天堂硅谷,天堂硅谷在协议生效之日起五日内以现金方式一次性支付对价款。同时,考虑到1999年《公司法》第147条第一款"股份有限公司发起人持有的股份,自公司成立之日起三年内不得转让"的规定,双方在协议的第七条约定:在相关法律法规修改后或发起人持股满三年后的1个月内,补签股份转让协议并办理变更登记和过户手续;在变更登记前,天堂硅谷受让的股份仍以申光贸易的名义持有,但由天堂硅谷实际行使与其在鑫富药业的股份比例相一致的权利并承担相应的责任和义务;在变更登记前,天堂硅谷派一名代表出任鑫富药业的独立董事;以及其他一系列约定。

协议签订后,天堂硅谷依约于2001年3月26日支付了200万元的对价款给申光贸易。根据2001年鑫富药业股东大会的决议,鑫富药业将2001年12月31日未分配利润中的1560万元按股东持股比例,以每1元

---

* 刘为平:男,北京大学法学院研究生毕业,专职律师,擅长民事、经济、行政、刑事各类诉讼业务。章晓洪:男,法学博士,专职律师,擅长于证券、金融、投资、公司法务及经济诉讼业务。

折1股的比例转增股本，原应由天堂硅谷持有的160万股经此次转增后变更为273.9726万股。2003年，根据2002年度股东大会决议，鑫富药业向全体股东每10股派发现金红利3元(含税)。2003年11月9日，申光贸易持有的鑫富药业的股份自公司成立之日起满三年，按照天堂硅谷和申光贸易的《股权转让协议书》的约定，申光贸易应在2003年12月8日前将其持有的273.9726万股过户给天堂硅谷，但申光贸易没有按约定办理过户手续。2004年6月28日鑫富药业采用全部向二级市场投资者首次公开发行人民币普通股(A股)1500万股，发行价格为12.57元/股。根据2004年年度股东大会，鑫富药业向全体股东每10股派发现金红利2元(含税)，同时以资本公积金转增股本方式向全体股东每10股转增3股。经过此次转增，应由天堂硅谷持有的股份变更为356.1643万股。而在此期间，天堂硅谷未实际行使过任何与其持股相对应的权利。

2005年9月，天堂硅谷经与申光贸易多次协商要求变更股权、支付红利、利息无果的情况下，向杭州市中级人民法院提起诉讼，要求申光贸易按照股权转让协议约定办理股权变更手续，并支付2002年度和2004年底的现金分红款及利息。

争议焦点

双方于2001年3月24日签订的《股权转让协议书》是否具有法律效力。

审理判决

原告诉请理由：

原告认为《股权转让协议书》合法有效。首先，该协议是经双方平等协商，自愿达成的，是双方真实意思的表示。双方考虑到原《公司法》第147条的规定，特别作出约定“在相关法律法规修改后或发起人持股满三年后的1个月内，依本协议条款补签以上股份的转让协议，并办理变更登记和过户手续”，这充分表明了双方当时的意思。其次，该协议并不违反法律禁止性规定。被告在鑫富药业成立未满3年时，约定将股份转让给原告，约定的过户时间为公司成立之日起3年之后，从法理学上对法律行为的分类来看，未满3年约定股权转让行为系“负担行为”，约定3年后过户系“处分行为”。由于原《公司法》第147条的“股份有限公司发起人持有的股份，自公司成立之日起三年内不得转让”的规定是对转让股权的客观行为作出了限制性规定，并没有对股东转让股权的主观意思表示时间作出限制性规定，因此股东在

限制期内表示在限制期届满以后再办理股权转让(即附期限的股权转让),恰恰是遵循了公司法的规定。原被告双方约定3年期满后再依协议补签股权转让协议并办理实际股权转让手续,是双方对发起人股份在未来期限内进行依法转让的预先设置与权利限制,其实际交割过户时点已不再处于限制转让期限内,因而履行该协议没有任何法律上的障碍,这也说明了当事人双方已充分认识到法律的禁止性规定,并遵从了该禁止性规定。该协议是合法有效的,被告应当履行协议。

被告辩称:

被告认为该协议因违反法律禁止性规定而无效。第一,该协议违反原《公司法》第147条的规定。鑫富药业成立于2000年11月10日,协议签订于2001年3月24日,距公司成立之日仅4个月零14天,明显违反《公司法》的3年的规定。第二,该协议属于《合同法》第52条第(五)项"违反法律、行政法规的强制性规定"的范围,属无效合同。第三,《民法通则》第58条第(五)项规定"违反法律或者社会公共利益"的民事行为无效,双方订约行为属于无效民事行为。第四,该协议书第7条第一项关于日后补签股份转让协议的约定,是以合法形式掩盖非法的目的,属于无效合同的一部分。

原、被告双方分别提交了相关证据材料。

判决结果

一审审理判决

杭州市中级人民法院经审理,判决被告申光贸易于判决生效之日起30日内将其持有的356.1643万股鑫富药业股权过户至原告天堂硅谷名下;判决被告申光贸易于判决生效之日起30日内支付给原告天堂硅谷2002年度、2004年度的现金分红款136.9863万元;驳回了天堂硅谷其他诉讼请求。

一审法院认为:根据双方当事人的陈述,被告申光贸易对原告天堂硅谷主张的双方签订股权转让协议、天堂硅谷支付200万元转让款,以及鑫富药业派发现金红利、转增股本的事实未持异议。双方争议的主要是对股权转让协议的法律效力问题。按申光电缆名义与天堂硅谷签订的股权转让协议约定,申光电缆将其持有的鑫富生化的160万股股份以每股1.25元的价格转让给天堂硅谷。由于申光电缆系鑫富生化的发起人,鑫富生化系鑫富药业更名前的公司,鑫富生化成立于2000年11月10日,在申光电缆与天堂硅谷于2001年3月24日签订股权转让协议时,未满三年。根据我国公司

法第147条第一款的规定,发起人在公司成立的三年内不得转让股份。鑫富生化发起人股的限制转让期间为2000年11月10日至2003年11月9日,申光电缆与天堂硅谷签订股权转让协议的时间在该限制期内,但协议约定"《公司法》规定,股份有限公司发起人持有的股份,自公司成立之日起三年内不得转让,鉴于此,双方同意:在相关法律法规修改后或发起人持股满三年后的一个月内,依本协议条款补签以上股份的转让协议,并办理变更登记和过户手续",表明申光电缆与天堂硅谷在签订协议时对公司法的相关规定是明知的,因此,双方将办理股份变更登记的时间确定为"在相关法律法规修改后或发起人持股满三年后的一个月内"。申光电缆在该协议中转让股份的意思表示明确。关于该股份转让的约定是否合法的问题,因公司法仅对股份转让的客观行为作了限制性规定。因此,双方约定在相关法律法规修改后或限制期届满后办理变更登记手续,是附期限的转让股份。该约定并不违反我国公司法的规定,应认定有效。被告申光贸易关于股权转让协议因违反法律禁止性规定应认定无效的抗辩理由不能成立,本院不予采信。

关于被告申光贸易提出的根据协议约定,双方应补签协议,并办理股权变更手续,补签协议是办理变更登记的前提,但天堂硅谷从未要求补签协议,已丧失了权利的抗辩理由。本院认为,虽然股权转让协议约定,在相关法律法规修改后或发起人持股满三年后的一个月内,依本协议条款补签以上股份的转让协议,并办理变更登记和过户手续。双方如此约定是基于转让协议签订时作为转让人的申光电缆持股未满三年的事实。双方商定在限制期满后补签转让协议应认定是办理变更登记的需要作出的约定,且约定是"以本协议条款补签",所有关于股份转让的合同双方的权利义务已在该股权转让协议中明确。协议同时约定,本协议经双方签字盖章生效,故该协议已经双方签字盖章生效。再则,天堂硅谷已按协议约定向申光电缆支付了200万元转让款,该支付对价的行为并不损害作为发起人的转让方、其他股东及公司的利益,不为我国公司法所禁止,应属有效。综上,双方签订的股权转让协议已生效,对转让双方均具有约束力。被告申光贸易提出的补签协议是办理变更登记的前提,天堂硅谷未要求补签协议,已丧失权利的抗辩理由亦不能成立,本院不予采信。

股权转让协议约定:在变更登记前,天堂硅谷受让的股份仍以申光电缆持有,但天堂硅谷实际行使与其在鑫富生化的股份比例相一致的权益并承担相应的责任和义务。据此,双方约定在办理股权转让变更登记前,天堂硅

谷行使与其持股比例相应的权利的意思表示明确。庭审中,申光贸易对天堂硅谷主张的申光贸易转让的160万股股本在两次转增股本后应为356.1643万股,及两次现金分红共计136.9863万元派发在申光贸易名下的事实未持异议。依据上述约定,鑫富生化及其更名后的鑫富药业向申光贸易转增的股本及派发的现金红利应由受让人天堂硅谷享有。

综上,因申光电缆已更名为申光贸易,申光电缆在股权转让合同项下的权利义务应由更名后的申光贸易继受。作为鑫富药业发起人的申光贸易,其所持股份在公司成立时起至原告天堂硅谷起诉之日已满三年,其转让的股份可以实际发生转让,办理过户。被告申光贸易应按股权转让协议的约定继续履行合同义务,将原告天堂硅谷主张的356.1643万股股份过户至天堂硅谷名下,并应向天堂硅谷支付2002年及2004年的现金红利款136.9863万元。原告天堂硅谷提出的被告申光贸易应继续履行合同,将356.1643万股股权予以过户,并由申光贸易支付两年度的现金红利的诉讼请求,本院予以支持。但原告天堂硅谷提出的由被告申光贸易支付上述分红款的贷款利息145978元的诉讼请求,缺乏相关合同及法律依据,本院不予支持。

二审审理判决

被告申光贸易不服一审判决,向浙江省高级人民法院提起上诉。二审法院经过审理,依法判决:申光贸易和天堂硅谷于判决送达之日起三十日内,依据2001年3月24日之协议产生的相应法律后果补签协议,并由申光贸易办理将其持有的2313073.958股鑫富药业的股份过户至天堂硅谷名下;申光贸易于判决送达之日起三十日内支付天堂硅谷2002年度现金分红款410958.90元和2004年度现金分红款433972.60元,合计844931.50元;维持杭州市中级人民法院驳回天堂硅谷其他诉讼请求的判决。

二审法院认为:根据双方当事人的辩诉意见,本案的主要争议焦点在以下几个方面:关于股权转让协议的效力认定问题。根据《中华人民共和国合同法》第四十四条第一款规定"依法成立的合同,自成立时生效";第二款规定"法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定"。双方当事人签订的股权转让协议不属于法律、行政法规规定应当办理批准、登记手续生效的合同,故申光贸易和天堂硅谷在该协议第十条中约定"经各方签字盖章生效"不违反法律规定。本案双方当事人对股权转让协议效力的争议,主要涉及对原《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定的理解和适用。原《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定

"发起人在公司成立的三年内不得转让股份"。从该条款旨在加重发起人的责任、维护公司运营的稳定和安全的立法宗旨看,系对发起人转让股份的客观行为作出限制性规定,并非对发起人转让股份的主观意思表示作出限制性规定,也非对受让人支付股份转让款的时间作出限制性规定。据此,双方当事人在股权转让协议中,关于申光贸易将其持有的鑫富药业的 160 万股发起人股份以 200 万元的价款转让给天堂硅谷,并由天堂硅谷在该协议生效之日起五个工作日内以现金方式一次性支付给申光贸易等约定,不违反原《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款的禁止性规定,应认定合法有效。双方当事人在注意到公司法对发起人转让股份的禁止性规定的情况下,在股份转让协议第七条第一款约定"在相关法律法规修改后或发起人持股满三年后的一个月内,依据本协议条款补签以上股份的转让协议,并办理变更登记和过户手续",这是双方当事人将申光贸易转让股份的履约行为设定在依法可以转让的持股满三年以后的期限,并不违反和规避原《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款的禁止性规定。该条款中的期限并非股权转让协议生效的期限,申光贸易上诉称是附生效期限的合同,不能成立。因双方当事人股份转让的签约时间和申光贸易股份转让的履约时间不一致,该条款中关于"依据本协议条款补签以上股份的转让协议"系为办理变更登记和过户手续需要而约定,补签协议是双方当事人的合同义务之一,并非本案合同生效的条件。双方当事人未按约补签协议并不影响对股权转让协议效力的认定。申光贸易上诉称补签协议是过户不可逾期的条件,本案是附生效条件的合同,亦不能成立。在双方当事人约定补签协议的情况下,原审判令申光贸易将股份直接过户至天堂硅谷名下缺乏依据。双方当事人在股权转让协议第七条第二款关于"在变更登记前,天堂硅谷受让的股份仍以申光贸易名义持有,但天堂硅谷实际行使与其在鑫富药业的股份比例相一致的权益并承担相应的责任和义务"的约定,其中,涉及申光贸易对讼争股份持股满三年即 2003 年 11 月 9 日以前所产生的增股和分红,即 2001 年度的增股 1139726 股和 2002 年度的现金红利 821917.80 元,根据公平原则,应由天堂硅谷和申光贸易分别享有 569863 股和410958.90元;涉及申光贸易对讼争股份持股满三年以后产生的增股和现金红利,依法应由天堂硅谷享有,即应由天堂硅谷享有 2004 年度的红利 433972.60 元和增股 650958.90 股。综上,应由天堂硅谷享有的讼争股份经两次转增股本和现金分红后,分别合计 2820921.90 股和 844931.50 元。

经典评析

这是浙江省内第一起典型的附期限的股权转让合同纠纷案件，浙江法制报、都市快报、每日商报等多家媒体对案件的审理过程、结果进行报道，引起企业、公众广泛的关注。

本案的关键是依据我国原《公司法》第一百四十七条第一款“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起三年内不得转让”的规定判定双方2001年3月24日签订的股权转让协议是否有效？这存在两种争议。支持无效者认为原《公司法》第一百四十七条的规定是具备强制性的禁止规定。在法律规定的公司成立之日三年内，发起人不能将股份交付转让，即使其在此期间订立转让股份的协议，约定在公司成立三年后实际交付，也是在规避法律的强制性规定，是以合法形式掩盖非法目的，应适用《合同法》第五十二条的规定，认定其为“违反法律、法规强制性规定”而无效。支持有效者认为发起人在公司成立三年内约定在三年后转让不是原《公司法》第一百四十七条第一款所禁止的行为，因为该条款只对转让股份的客观行为作了限制，并不能限制转让股份的主观意思表示，应该认定该协议有效。我国著名法学家、清华大学法学院博士生导师张卫平教授亦认为：《公司法》有关本案的相关条款规定，从立法本意上看是禁止发起人股份在公司成立起三年内转让，但并不禁止发起人在三年期内签订股权转让协议，约定三年期满后再转让过户。股东在限制期内表示在限制期限届满后转让股权，也就是附期限的转让股权，在天堂硅谷按约支付了对价以后，这种协议应为合法有效的。本案即采纳了后者的观点。

就本案而言，首先，从股权转让协议约定在三年期满后再转让股权的协议可以看出双方当事人对原《公司法》对发起人股份在公司成立之日起三年内不得转让的限制性规定已经有明确的充分的认识，并遵从了该限制性规定。该约定是双方当事人自愿、真实的意思表示，是对民事权利的自由处分。而且随着经济体制改革的深入和资本经济的提出，在追求优化公司股本结构、提高资源配置效率的环境下，这也符合资本市场与证券市场的交易秩序和交易规则。在合同法实施以后，尊重契约合意、促进交易效力已经成为司法机关在判定协议效力时的首要价值取向，尤其是在体现平等与意思自治的民商法领域，更没有理由限制当事人意志所为同时并不影响交易秩序和社会公平的行为。其次，该股权转让协议并没有损害其他股东、社会公共利益。天堂硅谷在签订协议后即支付股权转让对价款，相反有利于公司

的发展和各方的利益，应该受到肯定和保护。再次，申光贸易一方明知法律的规定，在转让协议中的意思表示也明确，在法律没有发生变化的情况下又主张原来的意思表示违反法律的强制性规定，请求法院判令协议无效。这可以看出其毁约的主观意图明显，其行为违反了民法的诚实信用原则，该诉请不应该得到支持。

综上，本案的股权转让协议系双方当事人真实、自愿的意思表示，不违反法律、法规的规定，且符合目前经济体制下的发展理念和法律理念，应该认定为有效。

PDG



建筑与房地产篇





商品房买卖合同若干典型纠纷

——记某某宾王词林小区商品房买卖合同纠纷集团诉讼案件

唐国华*

案情简介

1993年至1995年间,原告陆某某等276人与某某市房地产综合开发总公司(以下称总公司)双方订立了《商品房住宅购销协议》(以下简称购销协议)和《商品房买卖交付使用合同》(以下简称交付使用合同)。1996年8月1日,陆某某等276人(以下简称原告)以商品房延期交付和质量不过关等原因,对某某市房地产综合开发总公司(以下简称被告)以商品房质量不合格、多收购房款、逾期交付房屋等十项诉讼请求向浙江省高级人民法院提起诉讼。浙江省高级人民法院受理该起诉。

原告的诉讼请求如下:(1)判令被告对质量不合格的商品房按《中华人民共和国建筑法》有关规定处理,赔偿原告经济损失669.8万元。(2)判令被告返还其强行向原告多收房价款利息合计754.3078万元。(3)判令被告返还多收的地价款及利息合计675.4227万元。(4)判令被告支付逾期交付房屋的违约金及利息合计607.1585万元。(5)判令被告返还地下车库款291.4155万元。(6)判令被告向原告提供商品房原工程设计图纸、施工技术标准图纸和工程决算书的复印件,提供某某市建筑工程质检站对商品房检测中被告所提供和存档的工程原始数据资料复印件。(7)判令被告立即归还原告原有而被骗去的商品房购销协议公证书;判令被告应给原告商品房买卖交付使用合同书。(8)判令被告完善小区配套设施,清理小区配套项目,并明确小区公益工程的产权。(9)判令被告赔偿因少批多建而造成缩小幢距、道路、绿化面积、影响采光、通风等无形和间接损失每套3000元,合计

* 唐国华:男,毕业于北京大学法律系,主要从事重大和复杂的刑事、民商事、行政诉讼和大型非诉项目,专职律师。

94.2万元。(10)确认某某市商品房买卖交付使用合同无效。

被告答辩称原告之诉缺乏事实根据,应予驳回。

1999年3月2日,一审法院作出(1996)浙法民初字第13号民事判决书,判决如下:(1)某某市房地产综合开发总公司在本判决生效之日起十天内支付给原告延期交房违约金人民币5908546元(附表二)及该款自房屋交付之日起到实际履行之日止的利息(按人民银行同期同类贷款利率计算);(2)某某市房地产综合开发总公司应在判决生效之日起六个月内对原告商品房(包括地下车库)存在的质量缺陷予以修缮,所需费用由某某市房地产综合开发总公司负担;(3)驳回原告的其他诉讼请求。

一审判决作出后,原被告双方均不服,向最高人民法院提起上诉。1999年11月24日,最高人民法院认为一审判决认定事实不清、证据不足,以(1999)民终字第75号民事裁定书裁定撤销一审判决并发回一审法院重审。

浙江省高级人民法院另行组成合议庭进行重审,在重审期间,原告陆某某等117人提出撤回起诉申请,重审法院裁定准许撤诉。

重审法院于2004年12月30日作出(2000)浙法民重字第1号民事判决书,判决如下:(1)被告房地产开发公司应在判决生效之日起六个月内对原告陆某某等购买的商品房(包括地下车库)存在的质量缺陷予以妥善修理,所需费用由被告房地产开发公司承担;(2)驳回原告陆某某等的其他诉讼请求。

原告陆某某等不服浙江省高级人民法院(2000)浙法民重字第1号民事判决,于2005年2月3日向最高人民法院提起上诉。上诉请求:(1)撤销浙江省高级人民法院(2000)浙法民重字第1号民事判决第一、二项,依法改判:①判决某某公司依法承担延期交付房屋的违约金4404482元,及该款自房屋交付之日起到实际履行之日止的利息;②请求二审法院对一审法院判令被上诉人"在判决生效之日起六个月内对原告陆某某等购买的商品房(包括地下车库)存在的质量缺陷予以妥善修理"的判决予以改判。依法对商品房工程质量进行鉴定,客观评价该商品房的全面质量情况,不仅包括结构质量安全问题,还应包括其他工程质量问题(地基基础工程、层面、防水、墙面、楼板、地下室及钢筋、水泥、砂浆等建筑材料),并对此工程质量问题依照法律规定承担责任。同时依据重新鉴定的各项数据,具体明确该争议商品房工程质量缺陷存在的具体部位,及修缮地设计方案、核准、验收方法及监督执行等措施。③判令被上诉人给付因质量不合格的商品房及地下车库给上诉人造成的经济损失618.4551万元。④确认该案《某某市商品房买卖交付

使用合同》中第九条“其他互不追究”条款无效。并归还原告《某某市商品房买卖交付使用合同》。⑤判令被上诉人返还其强行向上诉人多收的房价款428.4600万元及该款自房屋交付之日起到实际履行之日止的利息。⑥判令被上诉人返还多收的地价款288.7447万元及该款自房屋交付之日起到实际履行之日止的利息。⑦判令被上诉人返还其非法占有的上诉人的《商品房购销协议公证书》。(2)判令被上诉人承担一审期间的10万元商品房质量鉴定费。(3)判令被上诉人承担一审、二审全部的诉讼费用。上诉人陆某某等在重审上诉时改变原诉讼请求:①对讼争房屋的工程质量进行重新鉴定;②判令被上诉人给付因质量不合格的商品房及地下车库给上诉人造成的经济损失618.4551万元;③确认《商品房买卖交付使用合同》中第九条“其他互不追究”条款无效;④判令被告承担一审期间的10万元商品房质量鉴定费。

最高人民法院经开庭审理,认定一审判决事实清楚,适用法律正确。于2006年3月2日作出(2005)民一终字第27号的终审判决,判决驳回上诉,维持原判。

本案至此审理终结,被告某某市房地产综合开发总公司最终几乎全部胜诉。

唐国华律师作为本案被告某某市房地产综合开发总公司的代理人从1996年8月1日开始至2006年3月自始至终坚持十年代理该诉讼案件。其中在浙江高院的一审与重审,与浙联律师事务所戴和平律师共同担任代理人。

争议焦点

本案的争议焦点多达十项,涵盖商品房买卖合同纠纷的主要方面,具有非常典型的意义。

(1)被告交付原告的商品房是否存在质量不合格问题。

(2)被告是否存在多收房价款问题。

(3)被告是否存在多收地价款问题。

(4)被告是否存在逾期交房的违约行为。

(5)《商品房买卖交付使用合同》是否格式合同及其第九条的效力。

(6)被告是否应向原告返还地下车库款291.4155万元。

(7)被告是否应向原告提供商品房原工程设计图纸、施工技术标准图纸和工程决算书的复印件,提供某某市建筑工程质检站对商品房检测中被告

所提供和存档的工程原始数据资料复印件。

(8)被告是否应立即归还原告原有而被骗去的商品房购销协议公证书；被告是否应给原告商品房买卖交付使用合同书。

(9)被告是否应完善小区配套设施，清理小区配套项目，并明确小区公益工程的产权。

(10)被告是否应赔偿因少批多建而造成缩小幢距、道路、绿化面积，影响采光、通风等无形和间接损失每套3000元，合计94.2万元。

审理判决

本案经过浙江省高级人民法院一审，最高人民法院二审裁定发回重审，再经浙江省高级人民法院重审，最后经最高人民法院终审裁定维持原判。

1999年3月2日一审法院作出(1996)浙法民初字第13号民事判决书，判决如下：(1)某某市房地产综合开发总公司在本判决生效之日起十天内支付给原告延期交房违约金人民币5908546元(附表二)及该款自房屋交付之日起到实际履行之日止的利息(按人民银行同期同类贷款利率计算)；(2)某某市房地产综合开发总公司应在判决生效之日起六个月内对原告商品房(包括地下车库)存在的质量缺陷予以修缮，所需费用由某某市房地产综合开发总公司负担。(3)驳回原告的其他诉讼请求。

一审判决作出后，原被告双方均不服，向最高人民法院提起上诉。1999年11月24日，最高人民法院认为一审判决认定事实不清证据不足，以(1999)民终字第75号民事裁定书裁定撤销一审判决并发回一审法院重审。重审法院于2004年12月30日作出(2000)浙法民重字第1号民事判决书，判决如下：(1)被告房地产开发公司应在判决生效之日起六个月内对原告陆某某等购买的商品房(包括地下车库)存在的质量缺陷予以妥善修理，所需费用由被告房地产开发公司承担；(2)驳回原告陆某某等的其他诉讼请求。

原告陆某某等不服浙江省高级人民法院(2000)浙法民重字第1号民事判决，于2005年2月3日再次向最高人民法院提起上诉。最高人民法院经开庭审理，认定一审判决事实清楚，适用法律正确。于2006年3月2日作出(2005)民一终字第27号的终审判决，判决驳回上诉，维持原判。最终判决结果：(1)被告应在判决生效之日其六个月内对原告陆某某等购买的商品房(包括地下车库)存在的质量缺陷予以妥善修理，所需费用由被告承担；(2)驳回原告陆某某等的其他诉讼请求。

经典评析

本案具有如下特点：

(1)审理期限超长。本案自1996年8月1日由浙江省高级人民法院立案受理，至2006年3月最高人民法院终审判决，整整十年。目前未见有超过该期限的案件记载或报道。

(2)当事人人数超多。本案原告一方起诉时达276人，十年后仍达150余人，应当是全国人数最多的集团诉讼之一。

(3)诉讼请求及争议焦点具有广泛性与典型性。十项诉讼请求包括质量、逾期、房价、地价、地下车库、格式条款、示范文本、公建配套等等涵盖商品房买卖合同纠纷的各个方面，非常具有广泛性、典型性。

(4)判决结果与诉讼请求具有极大反差性。原告起诉请求达十项之多，但终审判决均未支持。判决公司承担的维修责任并不是原告主张的请求。

(5)本案审级高，过程复杂。本案经高级法院一审、最高法院二审裁定发回重审、高级法院重审、最高法院终审结案。

(6)判决具有指导意义。本案作为最高法院二次审理终审判决的案例，在全国具有指导意义。尤其是其中采纳了唐国华律师提出的本案交付使用合同是示范合同文本，不是格式条款的观点。对正确区分两类不同性质的合同条款具有重要指导意义。

(7)具有全国影响。本案于1997年3月12日第一次在浙江省高级人民法院开庭时，最高人民法院与中央电视台全程摄像，并通过中央电视台播出。该案纠纷处理过程中，全国及本地数十家媒体采访报道，使该案具有广泛影响。

(8)律师坚持代理十年，抗辩非常成功。作为被告开发商的代理人具有法律与舆论上的先天弱势，代理律师坚持以事实为根据，以法律为准绳，面对压力，深入研究案件事实与法律，敢于提出意见，最终有效地维护了当事人合法权益。

(9)迟到的公正就是不公正。

公司在该案虽然获得了最终全面胜诉，但因该案耽误了经营开发整整十年，等到胜诉之日，已失去了市场与机会。而原告虽然败诉，但其房产因位置优越，经过十年增长，价格已是当年的六倍左右，而且其中还有出租等收益。

所以，胜者不胜，败者不败。迟到的公正就不是公正。

加工承揽还是建设施工？

——某机床厂与某钢构公司关于钢结构厂房建造的纠纷

张晟杰*

案情简介

1.2001年7月，某机床厂需建造两幢钢结构厂房，由某钢构公司编制建筑工程概算书，A厂房报价1297972元、B厂房2829383元，另外B厂房南立面180000元，合计4307355元。同年7月4日，双方签订《钢结构加工承揽合同书》一份，合同主要条款载明：钢构公司负责代为委托设计单位进行图纸设计和钢结构件的加工及拼装服务，拼装服务在机床厂向钢构公司发出《拼装作业通知书》后五天内开始，70个工作日内完成，其中大厂房（B厂房）必须在60天内完成，工程按施工图及说明文件、国家现行钢结构标准和依据进行中间验收，逾期不进行中间验收的，视为验收合格。工程整体完工后机床厂应作最终验收，逾期不验收的，不影响支付工程款。如未经验收，机床厂擅自使用或提前使用，则视为工程整体验收合格。本合同的总价款是4307355元。合同签订后三日内，机床厂应支付完合同总价的25%，计人民币1076838元。定作构件开始进场三天内支付合同总价的30%计人民币1292206元，定作屋面板开始进场三天内支付合同总价的30%计人民币1292206元，安装结束后三天内支付合同总价的10%计人民币430735元，余额5%计人民币215368元一年内付清。因钢构公司过错不能按合同规定的期限交付使用的，每天按工程总价的万分之五偿付逾期违约金。机床厂未能按照合同的规定履行自己的义务，开竣工日期可以顺延外，还应赔偿钢构公司由此造成的实际停工损失。最后，合同第十四条备注栏特别注

* 张晟杰：男，毕业于中南财经政法大学，现西南政法大学在读法律硕士，主要从事建筑房地产、经济合同和公司领域的法律服务，专职律师。

明:合同签订时机床厂向钢构公司支付25000元,预付款25000元在钢构公司出施工图并经确认后按总价25%的款中扣回25000元预付金,大厂房1轴立面待方案确定后重新核价。

2.合同签订后当日,机床厂通过银行支付25000元。2001年9月初,钢构公司将建筑结构图纸交给机床厂。同年9月5日,机床厂通过银行支付1045000元,但未向钢构公司发出《加工制造通知书》。11月7日,钢构公司出具开工报告,第一批拼装主构件开始进场。11月28日,钢构公司向机床厂出具B车间《工程联系单》,说明发货情况。12月3日,机床厂又支付给钢构公司60万元。

2001年12月4日,机床厂与钢构公司及浙江某轻钢建材有限公司三方就屋面板等的加工签订《加工承揽合同书》一份。合同第五条载明:货款按承揽方(建材公司)实际交货数分批付款,货款两清,具体由使用人(机床厂)约定付款方式,即承揽方把每批的实发货量通知使用人,使用人做好给定作人(钢构公司)的银行汇票由承揽人业务员带回,再经定作人背书转让给承揽人,专款专用。2001年12月11日,第一批屋面板开始进场,机床厂支付15万元,12月12日支付50万元,12月18日支付22万元,12月27日支付18万元,12月31日支付25万元,2002年1月7日支付35万元,2002年1月11日支付20万元和6.55万元。另有施工人员借款共21000元。

2001年12月31日,钢构公司向机床厂出具《中间结构验收报告》,机床厂法定代表人余某于2002年1月3日在报告单上签注:整个A、B车间结构基本上已安装完毕,涂装基本完毕,屋面板大部分已安装,但具体验收尚未进行。2002年2月28日,A、B车间除南立面装饰工程外其他已完工。同年3月初,A、B车间尚未通过竣工验收,机床厂搬进厂房。

3.2002年夏,钢构公司出具B厂房南立面装饰图纸,经机床厂同意后委托第三方某装潢公司进行施工,但在施工中机床厂对B厂房南立面即“大厂房1轴立面”装饰施工方案意见反复多次变动。而双方对南立面装饰方案及其造价无法达成一致,致使南立面装饰中途停工,遂形成纷争。

2002年10月20日,机床厂以工期延误为由,向法院起诉,请求判令钢构公司继续履行合同并赔偿延期违约金65万元和其他经济损失35.28万元。钢构公司则提出反诉,请求判令终止履行合同,由机床厂支付所欠工程款692375元,并承担违约损失32.45万元。

争议焦点

本案中,双方当事人争议的焦点主要有以下几个方面:

1.机床厂是否逾期支付工程款,钢构公司可否据此顺延工期?

对此,机床厂认为其没有逾期支付工程款。理由有四:一是认为合同第十四条备注栏注明的内容是对合同第九条第二款的工程款支付方式进行变更,已由原约定"合同签订时三日内应支付完合同总价的25%"变更为合同签订时支付25000元预付款,在图纸确认后再支付合同总价25%;二是机床厂未按合同约定的在主构件开始进场后三天内支付第二期款项30%,是因为钢构公司于2001年11月7日拉了一车主构件后其他定作构件未及时全部进场;三是2001年12月4日,本案双方与某轻钢建材公司签订的三方协议对款项支付重新作了约定,故可以不按约定在屋面板进场三天内支付第三期30%的款项;四是最后两期即安装结束后付10%和1年内付清所余5%之所以未付是由于南立面装饰至今尚未完工,因此谈不上具备付款条件。

而钢构公司则坚持机床厂逾期支付工程款,据此依约可以顺延工期。其理由为:第一,合同第十四条仅是对定金25000元的支付和扣回作了约定,并非是对工程款支付的约定或变更。第二,双方对主构件于2001年11月7日进场无异议,则依约应时支付30%。主构件陆续进场是拼装工作需要,与工程款支付约定不矛盾也无关系。第三,与某轻钢建材公司的三方协议约定的仅是钢构公司与该建材公司之间的货款结算方式,并不涉及本案当事人双方之间的工程款结算,也未变更合同约定的第三期付款方式和时间。同时,机床厂也未按三方协议约定执行支付。第四,工期仅是指钢结构的拼装时间,安装结束不包括B厂房南立面的装饰。第五,根据合同约定工期机床厂逾期付款可以双倍顺延工期。

2.B厂房南立面(大厂房1轴)装饰工程是否属于合同造价和约定工期范围。

对此,机床厂认为南立面装饰工程包含在合同中。其理由是:(1)合同概算书由A厂房、B厂房和B厂房南立面三部分组成,概算书合计总价与合同约定总价款一致。(2)南立面是指B厂房的南大门及其南面整体墙,南立面装饰工程是B厂房附属工程。

而钢构公司则认为南立面装饰不应受《合同》的约束。其主要理由为:(1)《合同》中除总价款中包括了南立面装饰工程的概算报价18万元外,则

无其他实质性约定。(2)18 万元报价并非预算和确定的造价,因这是在方案未定、没有图纸的情况下的估算,合同第十四条明确注明:该工程待“方案确定后重新核价”。(3)《合同》第七条约定的工期仅指钢构件的拼装而不包括装饰。(4)安装结束后,机床厂对第三人某装饰公司的装饰方案多次更改表明,该项工程不包括在《合同》范围内。

3.《合同》是否继续履行,钢构公司可否解除合同并要求支付已完工工程的价款。

对此,机床厂认为南立面装饰工程中途停工,整个工程未通过竣工验收,况且工程存在严重质量隐患,尚需整改,故要求继续履行合同。钢构公司要求解除合同支付余款于理于据均不符。

而钢构公司则认为合同已无履行的必要和可能,有权要求解除合同支付余款。理由是:(1)机床厂违约在先,多次未按约付款,又妨碍正常施工程序,致使合同目的不能实现。(2)南立面装饰工程不属于钢结构加工安装,该装饰项目是未确定工期和单独核价的,目前方案和造价未定,无法实施;况且,钢构公司是代为委托具有资质的第三人某装饰公司施工的,自己无资质,无法完成。(3)主体工程已竣工,机床厂已使用年余,依约视为验收合格,钢构公司有权结算余款。钢构公司有权解除合同。

4.《合同》的性质是承揽合同还是建设工程合同。

机床厂认为是工程施工合同,而钢构公司认为是加工承揽合同,因为《合同》内容包括了设计代理、制造加工、拼装施工和装饰代理四部分,所有工作均符合承揽的性质。

审理判决

1.一审法院经审理后认为,《合同》当事人双方虽名为定作方和承揽方,但内容为建造钢结构厂房,故性质应为建设工程施工合同。机床厂按合同约定履行付款,不存在逾期付款事实,而钢构公司迟至 2002 年 2 月 28 日才完工,逾期交付厂房已构成违约,其中 A 厂房超过 38 天,B 厂房超过 48 天,应依约每天按合同总价的万分之五计付违约金。南立面装饰工程由于是单独核价且合同未明确完工期限,故不受 B 厂房工期约束。但依据钢构公司于第三方某装饰公司签订的协议,约定总工期为 30 天,最迟也应于 2002 年 6 月 22 日前完成。由于机床厂未经验收就使用厂房也属违约行为,故互不追究。整个工程尚未完工,故机床厂要求继续履行合同于法有据,酌情给予钢构公司一个月的时限。基于机床厂选择强制履行合同则钢构公司再无权

请求终止履行，同时工程未完工，工程款也无法结算。故判决如下：

(1)钢构公司在判决生效之日起一个月内合同履行完毕；

(2)钢构公司在判决生效后十日内支付给机床厂逾期交付违约金92608元；

(3)驳回钢构公司要求终止履行合同及承担违约损失的诉讼请求。

2.钢构公司不服一审判决而予上诉，二审法院经审理后认为：本案《合同》虽名为加工承揽实为建筑施工。合同第十四条内容仅系针对25000元预付款的预付时间及如何返回作了约定，并未有在钢构公司出图纸后再支付合同总价25%的约定内容，机床厂将合同订立后三天内应付的25%欠款延至同年9月4日才付足，显属逾期；而合同关于在定作构件开始进场三天内支付30%的条款中，并没有机床厂可以在全部构件进场后再付足30%的约定内容，机床厂依约应在双方无异议的定构件开始进场日即11月7日支付30%计1292206元，却延至12月3日才支付60万元，显然与合同约定不符。至于双方当事人与某建材公司签订的三方协议，仅涉及与本案有关的屋面板等的加工付款事宜，并非对《合同》付款义务的重新约定。因此，机床厂逾期付款属实，钢构公司依约可以顺延工期，至2002年2月28日完成施工合乎合同规定，不构成逾期交付。关于B厂房南立面装饰工程，虽合同表明暂定价18万元，但由于该工程具体内容在合同中未作约定，不属于本案合同组成部分，该争议在本案中不宜一并调整，当事人可另行主张。基于钢构公司已完成厂房施工义务，故机床厂应依约支付除南立面装饰暂定价18万元之外的工程价款。对于约定一年内支付5%尾款，鉴于机床厂已实际使用诉争厂房超过一年，故有义务结付。因此原判基本事实清楚，但适用法律错误，实体处理不当，应予纠正。故判决如下：

(1)撤销一审法院作出的民事判决；

(2)机床厂应于本判决送达后一个月内支付钢构公司工程价款520837元；

(3)驳回机床厂的本诉请求；

(4)驳回钢构公司的其他反诉请求。

3.本案终审判决生效后，在执行阶段，经法院主持调解，双方达成和解，机床厂支付了40万元，其余与该工程所涉问题双方互不追究。

经典评析

本案关系错综复杂。对于机床厂而言，这是一场事与愿违的诉讼，而钢

构公司却抓住了合同的有利约定和案件的关键要点进行了有效的抗辩，从而获得了满意的结果。而一、二审法院不同的观点也值得探讨和深思：

1.关于合同的性质。虽然一、二审法院均认定名为加工实为施工，将其定性为建设工程施工合同，这也是司法实践中多数法院的意见，但仍然值得探讨。目前，较多钢结构企业倾向于将此类项目以加工承揽合同的名义签署，原因主要有三：一是加工经营行为的税负低于建筑安装业；二是加工行为地为合同履行地，有利于发生合同纠纷时钢结构企业对管辖权的争取。三是部分钢结构企业只有加工制造能力，而无建筑安装资质，但仍欲承揽业务。并且大量的合同内容如本案一样涉及设计、加工、安装等多个方面。对此，笔者认为此类合同无论其名称为何，应视为无名合同，就合同内容所约定的当事人之间的权利义务应分别区分法律关系和法律性质，并针对不同案件的纷争点而理清案件的性质，从而区分该案属于服务合同纠纷、承揽合同纠纷还是施工合同纠纷。

2.关于本案中B厂房南立面装饰工程问题。一审法院虽认定是单独核价未约定工期，却未作分析就贸然认为应在合理的一个月内完工，显然前后矛盾。一审法院撇开合同对南立面装饰工程未作具体规定，而合同双方事后又未能就方案和核价达成一致的事实，强行要求钢构公司施工，与合同约定本意和现实均相冲突。这也是一审法院作出继续履行合同的判定而为二审法院否定的错误根源。而二审法院能抓住事物的本质，虽然合同价中包括了18万元装饰暂定价，钢构公司也事实上委托了他人已实际进行施工，但由于双方在合同中就此项目未作具体约定，因此，关于南立面装饰的权利义务不属于合同约定范围，双方之间的纷争应属其他法律关系。并且巧妙地将18万元概算价从合同总价中剥离，建议当事人双方另案处理，既理清了解决本案的思路，又给予了双方当事人另行维权的机会，保护了当事人的权益，是合理的做法。但是这个问题也给当事人双方及相关单位留下了诸多的思考。由于签约的不严谨及事后的不及时补救，造成了双方理解上的歧义直至诉争。应该说，本案纷争的起因就源于此。对于施工企业而言，如果图纸未定，不应为了承接项目而贸然报价，尤其是采取固定价方式；对于建设单位而言，不要草率地认为施工单位的概算报价就是真实造价。双方如果就此项目在签约时不将其列入合同总价，另行订立一份固定单价而视实际图纸方案而调整造价的合同，可能会有助于防止此类纠纷发生。

3.关于付款与工期。本案中工期延误是事实。实践当中，工程不能按合同约定时间完工较为普遍。客观地讲，既有施工企业自身的原因，也有建

设单位的因素。克扣、拖延支付工程款是建设单位常见的影响进度的行为。大多数工程施工类合同对于工期的顺延均约定要求有建设单位的签证，而无拖延工程款则工期相应顺延的约定。而本案中，由于双方签订的是《加工承揽合同》而非建设部的示范文本，故钢构公司对机床厂不按期付款可以顺延工期的内容在合同中作了多处约定，有效地保护了自己的合法权益。本案中，机床厂未按约付款是显而易见的，其辩解理由也根本站不住脚。二审法院的判定是正确的。

4. 关于合同的继续履行和解除及处理。机床厂主张合同应继续履行的理由一是南立面装饰未完工，二是整个工程未竣工。第一项理由也是一审法院支持的观点。对此，如前述分析，钢构公司所持的南立面装饰不作为合同范围的意见已为二审法院采纳，因此，该理由显然难以支持机床厂的观点。那么，未竣工验收的工程可否解除合同和结付工程款呢？本案中，合同约定未经验收擅自使用的视为工程整体验收合格并不影响工程款的结付。基于此项规定，而机床厂在未验收前已实际使用，故钢构公司主张虽然工程未竣工验收也可以解除合同结算余款。同时，钢构公司还援引《合同法》第94条之规定，认为机床厂的逾期付款违约行为致使不能实现合同目的，依法可以解除合同。对于双方的观点，二审法院虽然未作正面评判，既驳回了机床厂要求继续履行合同的本诉请求，也未支持钢构公司要求解除合同的反诉请求。但从其判决结果和所作阐述分析，二审法院是倾向于钢构公司意见的。当时，最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》尚未出台，二审法院依照合同的有关约定如此判定无可厚非。那么，如按《解释》有关规定对此问题进行分析，则可以分为两个方面，一是解约问题，二是结算问题。前者《解释》第九条第(一)项已明确规定此类情况施工方可以解约；而后者《解释》却无明确规定。《解释》第十四条的第(三)项中仅对未经竣工验收而发包人擅自使用的竣工日期做了规定，而《解释》第十三条也仅涉及未经竣工验收而发包人擅自使用的质量异议权问题。根据《解释》第十条和第三条的规定，解约后，已完工工程质量合格或经整改修复后合格的方可结算相应工程价款。因此，本案若在《解释》颁布后审理，未经竣工验收而结算已完工工程款的问题可能会有较大争议。

开发商销售小区绿地的行为无效

——一起《商品房预售合同》纠纷诉讼代理案

史建兵　李朝晖*

案情简介

2003年8月4日，原告党某与被告甲房地产开发有限公司签订《商品房买卖合同》，合同约定了原告所购房屋的具体事项，签约后原告依约履行了合同规定的付款义务。2005年6月25日，被告通过邮局向原告寄达《交房通知书》。原告收到该通知书后，遂至现场验房。原告在查验过程中发现，房屋二、三层卫生间地面竟高出楼面走道40厘米左右，地下车库的进口高度仅为1.84米，合同约定的二层北面露台区域已变成房间，三层则在北面多建了一处露台（该房屋南面已有一处露台），原告购买的屋外花园面积也不到合同约定的36平方米，且该花园无法办出权证。原告据此与被告协商并要求减少购房款，遭到被告拒绝。原告遂聘请我们作为其诉讼代理人，通过诉讼解决纠纷。

作为原告特别授权的代理人，我们参与了本案一、二审全部的诉讼活动。我们在一审起诉书中提出了七项诉讼请求：(1)因汽车库建造及其功能不符合行业规范要求，原告要求减少购房款98851元；(2)判令被告退还原告支付的花园款21600元；(3)因被告没有按合同的约定在房屋二层北面建造一处露台，原告要求减少购房款52720元；(4)要求被告根据国家城乡建设环境保护部标准，对房屋二、三层的卫生间地面进行重作（地面标高应略低于走道标高），如无法重作，减少（返还）购房款19467元；(5)要求被告承担逾期交房的违约责任，向原告支付违约金18996元（从2005年1月1日

* 史建兵：男，毕业于华东政法学院，法律硕士，主要从事公司，建筑房地产、知识产权法律事务，专职律师。

李朝晖：男，中国政法大学研究生，主要从事公司、民商法律事务，专职律师。

暂时计算至 2005 年 10 月 7 日,违约金最终应计算至实际交房日为止);(6)要求被告退还房屋面积差价款 19436 元;(7)交付坐落于杭州市余杭区"某某假日之约"排屋 10# -09 房屋。

2006 年 6 月 23 日,浙江省杭州市余杭区人民法院下达(2005)余民一初字第 2715 号《民事判决书》,判决如下:(1)被告应于本判决生效之日起十日内将坐落于杭州市余杭区余杭镇凤凰山处的"某某假日之约"10# -09 房屋(排屋)交付给原告(以被告的书面通知送达原告之日为房屋交付之日);(2)被告应减少并返还原告购房款人民币 29770 元(其中地下室为 19770 元,卫生间为 6000 元,露台 4000 元);(3)被告应退还房屋差价款 19436 元;(4)被告应返还原告花园款 21600 元;(5)被告应支付给原告逾期交房违约金 35454.42 元(自 2005 年 1 月 1 日起至 2006 年 6 月 23 日止,以日万分之一计算),2006 年 6 月 24 日起至实际交房时止的违约金,按前述方法计算;(6)驳回原告的其他诉讼请求。

被告不服一审法院的民事判决,以如下理由提起上诉:

1.原审法院适用法律错误。房产公司与原告未办理房屋交付手续之前,双方之间是合同关系,而产品质量赔偿请求权的基础是物权关系,因此在产品未交付之前,原告无权追究被告的产品质量赔偿责任。

2.原审以"双方当事人以房屋质量约定不明,但由于房产公司所建房屋设计不按照国家设计规范的正常要求,又未在缔约过程中向买受人作特别说明,因此要承担相应责任"的观点不成立。买受人的义务是看图买房,房产公司是依图建房,只要房产公司所建房屋符合合同签订时的施工图纸,应当认为所建房屋符合约定。

3.对于花园款的退还问题,一审法院判决没有法律依据,法律没有禁止花园买卖的规定。

2006 年 12 月 2 日,浙江省杭州市中级人民法院作出(2006)杭民一终字第 1329 号《民事判决书》,判决驳回上诉,维持原判。

由于本案涉及商品房预售过程中多个容易引发纠纷的焦点问题,特别是作为商品房的附属花园是否可由房屋开发公司任意买卖,以及房屋的建筑设计过程中,开发商不按国家设计规范执行而造成房屋使用功能的损害的应承担何种责任等问题,对此省内房地产界及省内主流媒体给予了极大关注。本案审理后期间,浙江人民广播电台文广电台早间《文广新闻》栏目、《今日早报》、《都市快报》《浙江法制报》等媒体纷纷给予了跟踪报道,引起了社会的广泛反响和瞩目。

争议焦点

1. 花园作为小区公共绿地，房屋开发商能否单独出售？

原告方：由于诉争花园无法单独办理土地使用证，基于此，我们首先必须明确“花园的权利归属问题”。目前，我国相关法律条文对此问题并没有明确规定，但从法理的角度审视，该问题涉及的是民法原理中的建筑物区分所有权理论。从本质上来讲，诉争花园属于小区公共绿地，住宅小区在项目立项时，政府职能部门确定的小区绿化指标非经原审批机关批准，不得擅自变动，小区的全体业主对小区绿地享有共有权。因此，被告出售花园的行为侵害了小区全体业主的公共利益，合同中涉及花园买卖的条款无效，被告应退还原告支付的花园款 21600 元。

被告方：购买花园是双方的合同约定，被告已对花园进行了必要的资金投入，该花园具有专用性的特点而不是公用的，现被告正在与土管部门协调办理有关花园权属的问题。

2. 被告未按《住宅设计规范》、《汽车库建筑设计规范》规定的国家标准建造汽车库，被告是否存在违约行为？

原告方：《住宅设计规范》4.4.2 规定：“地下室、半地下室作贮藏间、自行车库和设备用房使用时，其净高不得低于 2 米，当作汽车库时，应符合现行行业标准《汽车库设计规范》(JGJ100)的有关规定。”《汽车库建筑设计规范》(JGJ100)中 4.1.13 规定：“汽车库室内最小净高应符合表 4.1.13 的规定。”该表将车辆分为四类，其中高度要求最低的为“微型车、小型车”，最小净高 2.2 米。本案中，诉争汽车库最小净高仅为 1.8 米左右，根本无法正常地作为汽车库使用，因此根据《合同法》第 111 条规定，要求被告承担减少价款 98851 元(房款总价的 15%)的违约责任。

被告方：《住宅设计规范》、《汽车库建筑设计规范》有关汽车库的规定非国家强制性的规范，非必须遵守；《商品房买卖合同》虽附有车库的图纸，但并不能证明被告交付的必须是法律意义上的汽车库；即便汽车库的建设有不符合规范要求的地方，由于房屋目前尚未交付，物权没有转移，被告按规范要求可自行改造后再交付给原告。

3. 房屋二、三层卫生间地面高出楼面走道 40 厘米左右，被告是否应履行特别告知义务？如果没有告知，是否应承担违约责任？

原告方：《民用建筑设计通则》(JGJ37-87)第 4.7.1 有关厕所、盥洗室、浴室的规定：“六、楼地面标高应略低于走道标高，……”因此作为房屋开发

商的被告，在正常情况下理应按上述规范标准进行施工。目前房屋二、三层卫生间地面标高存在瑕疵，已严重影响到卫生间的使用功能。

至于被告一再强调的"已在合同所附平面图中作了类似台阶的图示，原告是看图买房，对此应该是知情的，而被告是按图施工，并不存在违约"之观点不能成立，因为原告作为普通消费者，不具备专业知识，根本无法看懂房屋平面图，特别是涉及如此专业、细节的问题。如被告未按照国家规范标准进行设计、施工，应履行特别告知义务，否则须承担违约责任。

被告方：卫生间的地面标高确实高于走道标高，但这不影响卫生间的使用功能，影响的只是卫生间使用的舒适性问题。卫生间的现状与合同所附平面图相符，原告是看图买房，对卫生间地面标高的问题应该是知情的，而被告是按图施工，并未违约，不应承担违约的民事责任。

4. 房屋二层北面露台的设计有否变更？如已变更，被告是否应履行通知义务？如无履行，应否承担民事责任？

原告方：从《商品房买卖合同》所附的图纸及原告依法向杭州市余杭区建设局调查取得的涉案房屋竣工资料看，诉争房屋二层北面设计为一处露台，被告当庭亦承认其于 2003 年 4 月将原设计进行了更改，将二层北面露台翻造到三层北面，从而增加了 8 平方米的建筑面积。显然，被告在未通知并征得原告同意的情况下擅自更改房屋结构，此行为已构成违约，应承担民事责任。

被告方：已将露台设计变更内容通知原告，且在双方签订《商品房买卖合同》时，图纸已做修改。

审理判决

一、二审法院对双方争议的问题，在判决书中作出如下认定和判决：

1. 对小区花园转让的效力问题。

一审法院：住宅小区的商品房在进行产权登记时，只有纳入建筑容积的才能办理产权证，而花园、绿地通常不计入容积率，故不能办理产权证。如果要单独使用，须经全体业主同意授权，作为出售方的被告应对花园使用权的可销售性承担责任，被告不能提供证据证明其有权销售，故双方签订的合同中关于花园买卖的条款应确认为无效，被告应将花园款退还给原告。

二审法院：上诉人（一审被告）对其出卖的标的物负有权利瑕疵担保的义务。土管部门对"某某假日之约"小区进行验收时，将该小区的别墅花园绿地面积不作为独自使用的土地面积，而作为公用分摊土地面积。因此，买

受人是不能取得花园的独自使用权。根据土管部门的答复意见,如果要对别墅、排屋花园绿地面积按独自使用土地面积分摊,须经该小区全体业主同意。鉴于该小区的目前状况,原审判决被告返还买受人所支付的购买花园的款项并无不当。

2.对被告未按《住宅设计规范》、《汽车库建筑设计规范》规定的国家标准建造汽车库,被告是否承担责任的问题。

一审法院:《住宅设计规范》、《汽车库建筑设计规范》涉及汽车库的规定虽非国家标准中的强制性规定,但也属正常情况下都应当执行的内容。当事人如未按类似规定执行,则有义务在缔约过程中向对方作出特别的说明,不作特别约定,则相对方有理由认为其交付的标的物应当符合国家标准或行业标准。本案中作为开发商的被告既未在合同中对车库净高作出约定,实际交付的结果也远未达到国家标准,严重影响了地下室作为正常车库使用的功能,故原告就车库问题要求减少价款符合法律规定,判令被告减少并返还原告19770元。

二审法院:上诉人(一审被告)的房屋设计图纸是早已设计完成的,并非是与买受人协商所达成的标准。因此,设计中未按国家标准执行的内容,应当履行向买受人特别告知的义务,以利于买受人作出判断,否则买受人有理由相信商品房的质量是符合国家标准或专业标准的。现上诉人交付的成果未达到国家标准,严重影响地下室作为车库使用的功能,应当向买受人承担违约责任。

3.房屋二、三层卫生间地面高出楼面走道40厘米左右,被告是否应履行特别告知义务?如果没有告知,是否应承担违约责任?

一审法院:被告虽在合同所附平面图中作了类似于台阶的图示,但未作其他任何说明,作为通常不具备专业知识的消费者,很难作出正确的判断,被告也就不能证明该图原告方知情。作为房屋开发商,被告在未执行国家标准施工的前提下理应履行"特别说明的义务",如未履行此义务,应承担违约责任,故原告就卫生间的问题要求减少价款符合法律规定,判令被告应减少并返还原告购房款6000元。

二审法院:上诉人(一审被告)的房屋设计图纸是早已设计完成的,并非是与买受人协商所达成的标准。因此,设计中未按国家标准执行的内容,应当履行向买受人特别告知的义务,以利于买受人作出判断,否则,买受人有理由相信商品房的质量是符合国家标准或专业标准的。现上诉人交付的成果未达到国家标准,严重影响到卫生间的使用功能,应当向买受人承担违约

责任。

4.房屋二层北面露台的设计有否变更？如已变更，被告是否应履行通知义务？如无履行，应否承担民事责任问题？

一审法院：被告竣工的房屋二层实际状况与合同约定不一致，被告对此应承担违约责任，故原告就露台的问题要求减少价款符合法律规定，判令被告减少并返还原告购房款4000元。

二审法院：(非二审争议焦点，二审法院在判决书中未曾涉及)。

经典评析

与本案一起提起诉讼的还有该小区的其他十几名业主，均有我们两位代理人代理，诉讼请求基本一致，法院对这些案件一并开庭审理。由于案件涉及别墅项目的花园转让问题以及在建设设计过程中违反建筑设计规范中的非强制性条款而事先未向受买人作特别告知是否应当承担责任等十分敏感的问题。在本案起诉之前，省内还没有现存的案例可供参考，但仅在杭州市，房产公司销售小区绿地、花园的事例不胜列举，绿地的销售额保守估计也在数亿元之上。虽然销售条件、销售的方式、方法不尽一致，但确实有很大比例的房产公司在这一问题上的做法是没有法律依据的；违反建筑设计规范给购房业主房屋功能造成损害的情况更是屡见不鲜。这一诉讼请求的提起，必然对部分既得利益者造成极大冲击，因此我们对这一诉讼的启动以及面临的风险、压力，事先有足够的预期和思想准备，但诉讼过程中受到的压力仍超乎意料。

值得欣慰的是，在本案一、二审诉讼过程中，两级法院主审法官所体现的职业操守和对事实、法律负责任的态度，终于使这一系列的案件得到了公正的处理。

在国家《物权法》出台之前，这一系列案件中确立的两条原则，为以后处理类似案件确立了很好的范例。

第一，对住宅小区的绿地的销售，房产公司应当要对其可销售性承担责任，如果房产公司不能提供证据证明其销售的合法性或业主有证据证明房产公司销售小区绿地违法，应当认定其销售绿地的行为无效。

第二，对房产公司违反国家或行业非强制性建筑设计规范，如房产公司在销售房屋时就该事项对买受人未尽特别告知义务，则买受人有理由相信商品房的质量是符合国家标准或行业标准的，如交付的房屋未达到国家标准或行业标准，影响到使用功能，则应当承担违约责任。

内蒙古呼伦贝尔煤电基地大型电力项目评选

陈　臻　陆利忠*

案情简介

呼伦贝尔煤电基地位于内蒙古自治区东部呼伦贝尔市，褐煤资源丰富，开采成本低，且输电走廊条件优越，水资源较充足，具备建设大型燃煤坑口电厂、实施远距离向外送电的条件。根据国家和东北地区电力工业中长期发展规划，国家决定“十一五”期间开发建设呼伦贝尔煤电基地，开工建设360万千瓦的燃煤电厂，实施“西电东送”战略。

2005年2月，国家发展改革委决定以竞争方式确定呼伦贝尔煤电基地360万千瓦的电力项目及其投资业主。促使国家发展改革委作此决定的原因是当时呼伦贝尔地区的电力项目投资现状，出于抢占资源、储备项目的考虑，当时在呼伦贝尔地区大概有7－8个项目正在进行前期工作，有的达到可研深度、有的达到初可阶段，每个项目都有各自的投资人，每个投资人都希望自己的项目能够上马。但是这么多的项目若同时上马，环境与资源承受不了，规划也不允许，在此背景下，为保证开发工作有序进行，促进各投资主体间公开、公平竞争，发挥市场优化配置资源的基础性作用，科学、民主、公正地选择能源建设项目和投资业主，国家发展改革委决定改革传统的项目决策方式，参照招投标形式对各个项目及其业主进行评选，从中选择开发条件好、建设成本低、社会效益和企业效益优良的项目优先开发。

为保证本次评选工作依法进行，国家发展改革委特聘请本所提供全过程法律服务。经过一年多的方案论证和文件准备，本次评选工作于2006年3月份正式启动。3月16日，评选公告在《人民日报》、《中国电力报》、国家发展改革委网站等重要媒体发布。公告发布后，吸引了华能、国华、鲁能、深

---

* 陈　臻：女，专职律师。
陆利忠：男，专职律师。

能、京能、北方电力等多家国内大型电力投资企业参加评选。

本次评选分为预审和评审两个阶段。在预审阶段，主要由政府相关部门（发改委、国土、水利、环境、电监会）和国家电网公司组成的预审委员会对参选项目是否符合规划，土地、环保、水资源利用等方面是否合规，是否存在违规建设行为，机组选型、建设工期、项目前期工作深度是否满足要求等各个方面予以审查，只有通过预审的参选项目才进入下一步评审。在评审阶段，设置了五个评审因素：电厂建设条件、煤矿开采利用条件、容量电价、环境保护措施和资源利用，权重分别为10%、15%、45%、15%和15%，综合得分最高的参选项目中选。项目中选后，由中选的投资方按照规定的格式签署《项目开发承诺书》，并提交一定金额的履约保证金。

法律意见

一、本次项目评选的法律基础

本次项目评选从性质上讲属于项目法人招标。根据《行政许可法》第十二条第二项和第五十三条的规定：对于有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项，行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。根据《国务院办公厅关于进一步规范招投标活动的若干意见》第六条规定：对经营性的、有合理回报和一定投资回收能力的公益事业、公共基础设施项目建设，以及具有垄断性的项目，可逐步推行项目法人招标制。

项目法人招标有以下特征：

(1)作为招标人的均为政府或其指定代理人；

(2)作为投标人的为符合条件的投资者，中标后通常作为项目公司的控股股东；

(3)招标的标的是电力、能源项目或者资源的开发权，通常从维护社会公共利益的角度看，这些项目或资源的开发权是需要政府核准的；

(4)有别于传统行政审批的决策机制，竞争是一个重要特征，选择综合条件最优者中标并授予其独占的开发权，充分发挥了市场配置资源的机制；

(5)政府通过评标标准和方法的设置来引导管理和调控的目标，实现社会福利的最大化；

(6)中标人的权利义务在与政府签订的BOT协议、项目开发协议或特许权协议中予以明确，通常这些协议也规定了政府享有的权利和应承担的

责任。

从以上特征我们可以归纳出项目法人招标的定义:所谓项目法人招标是指政府出于维护社会公共利益的目的,将特定的基础设施项目或者公共、自然资源的开发经营权通过招投标的方式选择综合条件最优、最有利于实现社会共同利益的投资者的一种行政特许行为。从另一个角度来说,也可以看作政府与企业就特定项目、资源的开发权订立行政特许合同的一种竞争性缔约方式。

二、《招标投标法》的适用问题

《招标投标法》第二条规定:在中华人民共和国境内进行招标投标活动,适用本法。另外,《国务院办公厅关于进一步规范招投标活动的若干意见》第六条规定:要积极引入竞争,进一步拓宽招投标领域,……逐步推行项目法人招标制。由此看来,项目法人招标应当适用《招标投标法》似无疑义,但仔细分析一下却不尽然。

首先,根据《招标投标法》第三条规定,其适用范围主要为工程建设项目的勘查、设计、施工、监理以及重要设备、材料等的采购,规范的是项目业主的采购行为;而项目法人招标解决的是政府选择业主的问题,似乎要待业主产生以后才有《招标投标法》的适用问题。

其次,《招标投标法》规定的招标主体、对象等与项目法人招标的情况也存在差异。该法第八条规定,招标人是依照本法规定提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。政府不在其列。而在项目法人招标中,招标人是政府,业主恰是潜在的投标人。该法第九条第二款规定,招标人应当有进行招标项目的相应资金或者资金来源已经落实,并应当在招标文件中如实载明。而项目法人招标招的就是投资者,招标项目的资金应在业主产生以后由投资人落实,政府不可能提供资金。

最后,根据合同法理论,目前的《招标投标法》规范的是项目业主与承包商或供应商,即平等民事主体之间,以竞争方式缔结民事合同的行为。而在项目法人招标中,政府作为社会经济事务的管理者,其作为招标人选择项目业主的行为是其履行行政职权的一种方式,即使与中标投资者签订特许权协议或者项目开发协议,该协议也决然不是平等民事主体之间订立的民事合同,而应归入行政合同范畴。所以,规范民事合同竞争性缔约过程的《招标投标法》能否直接适用项目法人招标,值得探讨。

基于上述理由,我们认为除非对《招标投标法》作出修改,否则该法直接

PDG

适用项目法人招标在理论上是有问题的。在实务中,我们一般建议招标人在招标文件中不明示受《招标投标法》的约束。在本次项目评选中,我们干脆直接回避"招标、投标"的说法,以"评选"代替"招标",以"参选"代替"投标",这样就不至于让招标人被《招标投标法》束缚住手脚。当然,不能为了灵活性而丧失原则性,不管是叫"项目评选"还是叫"项目招标",毕竟是以竞争方式来选择业主,竞争就要体现公平、公正和公开的原则,就要遵循市场经济的游戏规则,而《招标投标法》规定的关于招标、投标、开标、评标、定标的程序规则是在西方发达国家几百年的市场经济体系中建立和不断完善的,有其合理性,因此在项目法人招标的程序上应尽可能地参照《招标投标法》。

三、关于招标人(政府)的行政权限

项目法人招标作为一种行政许可行为,招标人必须具备相应的行政权限,也即招标人对拟进行项目法人招标的项目应当具有能够授予中标人投资、经营该项目的权利,否则,该项目法人招标行为便如无源之水,没有依据。根据 2004 年 7 月 1 日实施的《行政许可法》第五十三条第三款规定:行政机关按照招标、拍卖程序确定中标人、买受人后,应当作出准予行政许可的决定,并依法向中标人、买受人颁发行政许可证件。因此,为保障中标结果的有效性,取得有权机关的授权以及其他相关部门的支持是项目法人招标得以顺利实施的关键。

在本次项目评选中,虽然国家发展改革委是我国核准电力项目投资的主管部门,但电力项目的核准还需要通过其他相关政府部门的各方面审查。根据《国务院关于投资体制改革的决定》,投资项目从"审批制"改革为"核准制"后,政府对重大项目和限制类项目主要从维护经济安全、合理开发利用资源、保护生态环境、优化重大布局、保障公共利益、防止出现垄断等方面进行核准,因此国土、规划、水利、环境保护、电力监管等部门的审查意见具备了"一票否决"的作用,是一个项目得以核准的前置程序。为了尽可能地保证评选结果的确定性,我们在项目评选文件中设计了预审程序,让有关政府部门在预审阶段就参与项目的把关,项目未通过预审的,一律不进入详细评审阶段。

四、如何有效约束投标人的承诺条件

我国目前大多数国有企业缺乏投资风险意识和投资决策责任追究制

度，只求做大、不求做强，尤其是前几年电力供应紧张的形势，使得电力投资的预期收益被不适当地放大，再加上电力项目审批程序复杂，业内普遍认为“进门比盈利更重要”。这种盲目投资、不计后果的现象在项目法人招标过程中也有所体现。为了能够中标获取项目，投标人往往报出极低的电价，例如在风电特许权招标领域，按照目前的行业平均水平，风电的成本为0.5元~0.6元/千瓦时，而通过招标确定的电价却远低于这个水平。这种明显的非理性竞标行为说明什么问题？一方面是企业抱有侥幸心理，另一方面与政府的默许态度分不开，招投标结果严肃性不够，中标以后随意要求变更投标承诺，或者向政府要求补贴的现象都不鲜见。

《国务院关于投资体制改革的决定》确定了“谁投资、谁决策、谁收益、谁承担风险”的原则。《招标投标法》规定，中标结果具备法律约束力，当事人不得签订背离中标结果的协议。对于项目法人招标，我们认为投资人的承诺条件一经确定便不得变更，否则对其他投标人不公平，也排斥了其他非国有资本的进入，造成电力投资领域的垄断加剧，效率低下。

在本次项目评选中，容量电价作为一项重要的评审因素，规定容量电价以投标人的承诺为准，15年不变；电量电价由市场竞争确定，投标人承担项目投资、建设和经营的全部风险。另一方面，在本次项目评选中，借鉴民事合同中的违约救济手段，由中标的投资人签署《项目开发承诺书》，《承诺书》明确规定了中标投资人在项目开发、建设和经营过程中的权利、义务以及违背承诺应承担的法律责任，同时要求中标投资人提交一定金额的履约保证金，当中标投资人违反其承诺时，政府可以扣除其履约保证金。

五、如何处理控股股东和项目公司的关系

项目法人招标中，投标人有三种情形：(1)投标人即为今后项目建设和运营的项目公司；(2)投标人为项目公司的控股股东，待中标后再成立项目公司负责项目建设和运营；(3)投标人为联合体，组成联合体的成员是今后成立的项目公司的股东。

在大型电力项目或者能源、基础设施项目的法人招标中，一般对投资人的资信、业绩、融资能力设定较高的门槛，所以对潜在投标人的资格审查往往集中于对项目公司控股股东（或者联合体投标人的牵头方）的审查。此时，当中标投资人签署《项目开发承诺书》时，如果项目公司已经成立的，除了要求项目公司签署外，其控股股东也要同时签署，承担保证责任；如果项目公司尚未成立，则要求控股股东签署（如为联合体投标的，联合体成员共

同签署),效力也及于今后成立的项目公司。另外,为保证项目承诺条件的落实,应该规定在一定期限内(如项目建设期)控股股东不得转让其在项目公司中的权益。

经典评析

市场经济是法制经济,也是竞争经济,规范电力建设的前期工作,必须培育投资主体参与市场竞争的能力,促使投资主体改变以往靠"跑项目"取得项目开发权的思路,而是以扎扎实实地做好前期工作,以项目本身的开发条件、通过公平竞争来取得项目的开发权。

本次项目评选涉及的项目规模大,复杂程度高,但是通过认真策划、精心组织,评选工作取得了很好的效果,得到了各方面的好评。回顾本次评选工作,有以下几点经验值得总结:

1.公开透明。由于整个评选过程公开、公正、公平,不仅有力地促进了投资人的积极参与,同时也为政府创立了良好的形象,为政府今后其他类似项目的招标打下了良好的基础。

2.机制创新。不拘泥于现行的一些习惯做法,按照有利于建立合法、规范、健康的电源项目投资秩序、有利于引导投资方合理快捷地开发项目、减少前期投入的思路,力求在机制上有所创新,探索一条符合国家投资体制改革方针的电力项目开发新路子,化解当前电力项目无序开发中暴露的诸多矛盾。

3.综合考虑多方面因素。既体现政府对电源项目投资开发的宏观调控和引导,又充分发挥市场对资源优化配置的基础作用;既体现"谁投资、谁决策、谁收益、谁承担风险"的原则,又充分考虑保护投资者的积极性,合理分摊项目建设和运营风险;既处理好中央和地方的关系,又处理好项目开发地区和受电地区之间关系,充分调动地方政府促进电力发展的积极性。

采用项目法人招标的方式,以竞争方式确定电力项目及其投资业主,是国家发展改革委成功采用"专家评议优选电源项目"后又一次新的尝试,对于防止盲目建设,减少不必要的前期投入,合理引导电力项目投资,促进投资主体公平竞争,具有深远的战略意义。



涉及千家万户的物业维修基金

——物业维修基金该由业主还是开发商承担的纠纷案*

李国刚**

案情简介

原告×××有限公司(以下简称开发商)

被告俞某某(以下简称业主)

2003年12月8日,开发商在申领其开发的萧山美之园楼盘《建设工程规划许可证》时,预交了整个小区1000多套房屋的物业维修基金。2004年始,包括被告在内的各业主先后与开发商签订《商品房买卖合同》,购买商品房。在2005年交房时,开发商向各业主发出《交房通知书》,通知每位业主交纳物业维修基金数千元至一万余元不等。有的业主按《交房通知书》办理了交房交接手续,部分业主认为根据政府主管部门萧价「2003」76号文件物业维修基金已包含在房价内,收房后不愿交纳物业维修基金。双方遂引起纠纷,在协商未果的情况下,开发商向部分业主提起诉讼,要求由业主承担物业维修基金。

此外,在开发商作为原告与业主的物业维修基金案起诉于杭州市萧山区人民法院后,已交纳物业维修基金的业主代表也向杭州市萧山区人民法院起诉开发商,要求开发商退还物业维修基金。

争议焦点

开发商向业主收取物业维修基金是否属重复收费,即物业维修基金是

---

* 本系列案件由唐国华、李东升、姚杰三律师一起参与协作,感谢他们对本系列案件的支持和帮助。

** 李国刚,男,毕业于杭州商学院(现为浙江工商大学),浙江大学民商法研究生,专业从事建筑房地产业务,公司、项目法律顾问事务,民商事务,专职律师。

否包含于房价内。

一、开发商主要观点

1.交纳物业维修基金是业主的法定义务;

2.物业维修基金不计入销售收入,不属房价的范畴,双方约定的房价不含物业维修基金;

3.物业维修基金属代收代缴费用,业主依法应向开发商支付代交的费用。

二、业主主要观点

1.萧价[2003]76号文件是政府职能部门的指令性文件,具有强制性,开发商没有排除适用该文件,执行该文件是开发商的义务;

2.按萧价[2003]76号文件规定,业主向开发商购买的是市场调节价的商品房,应实行一次性买断价,即物业维修基金已包含在房价内,业主已经支付了,不存在"拒付"的事实,故开发商无权再次要求业主支付物业维修基金;

3.按萧山区商品房交易习惯及历史沿革,物业维修基金实际均由开发商交纳。

三、代理思路

律师系开发商的常年法律顾问,既要维护好顾问单位开发商的利益,也要使业主的合法利益不至于受损,以免引起社会矛盾,涉及一千多名业主的切身利益,推而广之,涉及的是整个萧山乃至杭州及全省各业主的物业维修基金问题,对开发商而言,由于涉及千万户人家,一败全败,一胜全胜,也是利益攸关。因此,严格依法办案,是平衡各方利益重中之重。律师接受了开发商的委托,参与提供整个楼盘各个环节的法律意见,代理了本案一审、二审的诉讼,形成如下主要代理意见:

物业维修基金不计入销售收入,不属房价的范畴。双方签订的《商品房买卖合同》约定的房屋单价不含物业维修基金等代收代缴的费用。

1.根据《住宅共用部位共用设施设备维修基金管理办法》第5条、《浙江省住宅区物业维修专项资金管理暂行办法》第5条、《杭州市萧山区物业维修基金管理暂行办法》第二条第(一)项之规定,物业维修基金不计入商品房的销售收入。国家税务总局《关于物业管理企业的代收费用有关营业税问

题的通知》(1998年)、《关于住房专项维修基金免征营业税的通知》等文件均对作为开发企业的开发商代收的物业维修基金,不计征营业税。物业维修基金若含于房价内,则应征收营业税。因此,开发商主张向业主收取物业维修基金不属于销售收入,不属于房价的范畴。

2.业主认为房屋单价包含了物业维修基金,并以《杭州市萧山区物价局建设局关于进一步规范商品房销售行为的若干规定》(以下简称《若干规定》)第三条为依据于法不符。

(1)开发商开发的美之园西区为拍卖土地,属实行市场调节价的商品房。《若干规定》一次性买断价所指价格应理解为合同双方约定房屋单价后不作变更。《若干规定》中一次性买断价或预售价均应指房屋单价。

(2)《若干规定》第三条规定"商品房交付使用时结算价格(房款)不再多退少补"应理解为按套出售可予适用,但却不适用本案的业主所选择的按建筑面积成交的房款结算。合同面积与产权面积会有所差异,法律及双方约定均认可并事实上对面积差异引起的房款结算等作了处理。

(3)《若干规定》第三条规定:"商定的价格包括各项与商品房使用功能相关的设备设施和各项合法合规的代收费(包括物业维修基金等),未经物价部门批准,不得再向购房者收取其他任何费用。"该规定不合法,具体理由如下:擅自设定了行政许可和审批手续,违背《行政许可法》之相关规定;与众多上位的地方规章、行政规章和行政法规相冲突;不属于行政规章、规范性文件,无法律地位。《若干规定》该部分规定正因为其缺乏合法性,限制当事人合同自由,故与其后于2004年3月22日起施行的《杭州市萧山区物业维修基金管理暂行办法》相矛盾,根据《杭州市萧山区物业维修基金管理暂行办法》第六条之规定,该部分规定已被废止,其后事实上又被列入无效文件的清理范围,予以废止。

(4)《若干规定》既不是双方合同的组成部分,又不是开发商的单项或单方义务,也没有法律强制效力。业主认为房屋单价包含了物业维修基金,没有任何法律或事实上的依据。

3.双方签订《商品房买卖合同》的房屋单价不含物业维修基金等开发商代收代缴的费用。

(1)业主双方约定预售房美林14幢2单元302室,《商品房买卖合同》第四条计价方式与价款,按建筑面积计算,该商品房单价为人民币每平方米4973.00元,合同面积104.21平方米,总价4973×104.21=518236元。双方约定内容并没有违反任何法律、行政法规强制性或禁止性规定,应属有效。

PDG

(2)商品房的单价之含义,根据浙江省物价局1999年4月1日起施行的《浙江省商品住宅价格构成及价格行为规范》之规定,商品房的价格由下列项目构成:①土地使用权取得费;②住宅开发成本;③住宅开发期间费用;④利润;⑤税金;⑥商品住宅差价。物业维修基金、管煤费、IC卡功能费、印花税、契税、产权证工本费等代收代缴的费用并不在该文件规定的商品房价格范畴,故双方约定的商品房的单价,并不包含物业维修基金等代收代缴费用。

(3)业主已交清了其他合同并没有约定的代收代缴费用,唯独认为其中的物业维修基金包含于房屋单价内。按业主的逻辑,其他已缴清的代收代缴费用已包含于房屋单价内,也应由业主负担,这与事实相背,显然是荒谬的。

审理判决

本案经过一、二审审理,均支持了代理人的主要观点。

一审判决情况

2006年2月6日,萧山区人民法院作出(2005)萧民一初字第4069号民事判决书。

杭州市萧山区人民法院认为,物业维修基金是专用于物业公共设施设备保修期限满后的大中修、更新、改造工程的储备资金,它不计入商品房销售的收入。本案开发商与业主在订立商品房买卖合同时,约定了产品房单价,对物业维修基金的收取方式未作约定,而商品房的单价不包括物业维修基金;现开发商已按有关规定代业主向有关部门交纳了该基金,业主也因此依法取得了相关的权利,遵循公平和等价有偿原则,业主应将物业维修基金支付给开发商。业主认为根据萧价「2003」76号文件规定,开发商、业主在《商品房买卖合同》中约定的应是一次性买断价,但该文件不属国家强制性规定,业主又未举证证明其支付的商品房单价中已包括了物业维修基金,故业主的辩称,依据不足,不予采纳。据此,依照《中华人民共和国民法通则》第四条之规定,判决业主在本判决生效后十日内支付给开发商物业维修基金。

二审判决情况

业主不服一审判决,提起上诉。2006年5月17日,杭州市中级人民法

院作出(2006)杭民一终字第472号民事判决书。

杭州市中级人民法院认为,业主与开发商就买卖、交付涉案的商品房所订立的买卖合同和相关协议,双方主体适格、意思表示真实、内容完备,未违反法律、法规的禁止性规定,合法有效;双方订立的买卖合同,采用的是浙江省建设厅、浙江省工商行政管理局监制的示范文本(浙江省2000年修改版),该合同及相关协议中并无房屋价格(单价或总价)中包含有物业维修基金等的约定;合同、协议的内容及双方的履约事实表明,双方采用的是单价确定、房屋面积及总价预售时估算、交房时在3%误差范围内按实际建筑面积结算的交易方式,该种交易方式也是合同示范文本中所预设的,杭州市萧山区物价局、建设局于2003年5月23日发布的萧价「2003」76号/萧建设房「2003」143号《杭州市萧山区物价局建设局关于进一步规范商品房销售行为的若干规定》第三条虽规定"商品房销售可实行一次性买断价或预售价。凡实行市场调节价的商品房,应实行一次性买断价,购买双方商定价格后,须以购房合同(协议)约定售、购房条件,并遵循风险共担的原则,明确双方的权利、义务,商品房交付使用时结算价格(房款)不再多退少补。商定的价格包括各项与商品房使用功能相关的设备和各项合法合规的代收费(包括物业维修基金等),未经物价部门批准,不得再向购房者收取其他任何费用。"但该两局在2005年9月22日作出的"关于顺发美之园物业维修基金信访问题的答复"函件中明确"物业维修基金作为一种代收费用,具体收取方式由建设单位和购房人自行商定。"首先,作为萧价「2003」76号/萧建设房「2003」143号文件发布人在其答复函件中的表述已经明确,物业维修基金的收取方式系由当事人议定,而非行政强制;且萧价「2003」76号/萧建设房「2003」143号文件第三条规定中表述的"一次性买断价"的交易方式及其特征与本案的交易方式所表现出的特征并不相同,而该条规定及相关内容在双方的合同和协议中也未体现;因此,业主认为本案双方的交易方式就是规定中所表述的"一次性买断价"的观点,本院不予采纳;其次,开发商代收物业维修基金具有合法依据,杭州市萧山区物价局、建设局在上述答复函件中对此也予以了确认;第三,就本案的商品房交易,业主并无证据证明双方商定的房屋价格中已包含了物业维修基金的事实。因此,原审判决支持开发商要求业主支付物业维修基金的诉讼请求,符合法律与事实,并无不当;业主的上诉请求本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定,判决驳回上诉,维持原判。

经典评析

房地产市场通过近十几年的持续快速发展，当前又进入相对调整时期。房地产开发企业的利润逐年下滑，房地产市场通过充分竞争和宏观调控后，逐步转向稳定发展，房地产企业的利润变得逐步透明和公开化。原本在多年快速发展背景下掩盖的一些问题逐渐浮出水面，形成房地产市场新的矛盾和焦点。物业维修基金本是房地产市场比重很小的一些内容，本案例事实并不复杂，但由于涉及面广、影响大，带有长远性和普遍性，物业维修基金的历史沿革和现状之间的反差，使本案例具有典型性。归纳而言，上述案例主要涉及以下几个问题。

一、物业维修基金的缴纳主体

1.国务院2003年9月1日起施行的《物业管理条例》第54条规定："住宅物业、住宅小区内的非住宅物业或者与单幢住宅楼结构相连的非住宅物业的业主，应当按照国家有关规定交纳专项维修资金。专项维修资金属业主所有，专项用于物业保修期满后物业共用部位、共用设施设备的维修和更新、改造，不得挪作他用。专项维修资金收取、使用、管理的办法由国务院建设行政主管部门会同国务院财政部门制定。"

行政法规规定了物业维修基金的缴纳义务人为业主，属业主所有，为业主所使用。

2.建设部1999年9月起实施的建住房[1998]213号《住宅共用部位共用设施设备维修基金管理办法》第5条规定："商品住房在销售时，购房者与售房单位应当签订有关维修基金缴交约定。购房者应当按购房款2%－3%的比例向售房单位缴交维修基金。售房单位代为收取的维修基金属全体业主共同所有，不计入住宅销售收入。维修基金收取比例由省、自治区、直辖市人民政府房地产行政主管部门确定。"

3.浙江省人民政府2000年5月1日起施行的《浙江省住宅区物业维修专项资金管理暂行办法》第5条："物业维修专项资金由住宅区开发建设单位向购房者代为收取，不计入住宅销售收入。在住宅区房屋单体工程质量竣工验收合格之日起15日内由开发建设单位向所在地物业主管部门预交。"

4.杭州市人民政府2002年2月1日起施行的《杭州市物业管理条例》第48条："物业维修基金由建设单位在房屋销售（预售）时，按有关规定以不

低于房屋建筑安装总造价的5%的比例向购房人代收,并在办理房屋产权证之前,向市、县(市)物业管理部门统一缴纳。"第51条:"物业维修基金的使用,由物业管理企业提出年度计划,经业主委员会批准并报区物业管理部门审核后,由市物业管理部门划拨。县(市)物业维修基金的使用,由县(市)物业管理部门审核、划拨。物业维修基金不足时,业主应当按照所拥有的房屋建筑面积比例分摊。其中非住宅物业维修基金分摊的比例可适当上浮,具体数额由业主大会或业主代表大会决定。市、县(市)物业管理部门和物业管理企业应每年公布一次物业维修基金的使用情况,接受业主和业主委员会的监督。物业维修基金的缴纳、使用和管理办法由市、县(市)人民政府制定。"

5.杭州市萧山区人民政府2004年3月22日起实施的《杭州市萧山区物业维修基金管理暂行办法》第二条第(一)项:"(一)新建物业的物业维修基金按以下方式筹集:新建物业的物业维修基金,由建设单位在房屋销售(预售)时,按有关规定以不低于房屋建筑安装总造价的5%向购房人代收,并在办理房屋产权证之前按物业总建筑面积向市物业维修资金管理中心指定的银行缴纳。房屋拆迁实行产权调换的,安置的新建物业的物业维修基金由被拆迁人缴纳,建设单位代为收取并在办理房屋产权证之前按物业总建筑面积向物业维修资金管理中心指定的银行缴纳。"第六条:"本办法自公布之日起施行。原有的有关政策和规定,凡与本办法不一致的,一律以本办法为准。"

上述行政法规、行政规章、行政规范性文件均足以说明,本案房屋维修基金的缴纳,在双方所签订的《商品房买卖合同》未对维修基金事项作出约定的情况下,其义务人为业主,开发商只是按法律规定代为缴纳,当然代为缴纳之后向业主收取是开发商的权利。

二、物业维修基金缴纳的历史沿革

1.在1998年之前,由于我国尚未制定关于物业维修基金方面的法律法规,对于如何缴纳没有规定。由于房地产市场形势好,一般均由房地产企业解决物业维修基金方面的问题,各地方规章若有规定,也基本上规定由房地产企业承担。但随着公房、经济适用房、商品房等各类房产品的上市,没有相应的规章规定,已不适应形势的需要。

2.1998年之后,国务院2003年9月1日起施行的《物业管理条例》、建设部1999年9月起实施的建住房[1998]213号《住宅共用部位共用设施设

PDG

备维修基金管理办法》、浙江省人民政府2000年5月1日起施行的《浙江省住宅区物业维修专项资金管理暂行办法》一批物业维修基金法律法规的实施，从法律法规的层面上，应该说物业维修基金的缴纳主体、义务人为业主当属无疑。但由于历史的原因，各地做法不一致，有的仍由开发商实际承担，有的则由业主承担。

3.今后，随着房地产市场的稳定健康发展，各方主体会逐渐统一认识，物业维修基金由业主缴纳应成为自觉法律意识。

三、房价不包含物业维修基金

一方面，由于历史的原因，物业维修基金一般由房地产开发企业实际承担，给人们的印象房价已包含了物业维修基金；另一方面，社会大众包括各地方主管部门也基本上认为房价包含了物业维修基金，有的地方行政主管部门还出台了与本案例涉及的萧价［2003］76号文件类似的正式或非正式的文件。但国务院、建设部等行政法规、规章对此已作了相应的规定，具体理由在前已阐明，不再赘述。



非开发商原因造成逾期办证，买受人能否行使合同解除权

——申请人张某与被申请人杭州某某商城建设有限公司解除商品房买卖合同仲裁案

毕一平*

案情简介

申请人:张　某

被申请人:杭州某某商城建设有限公司

2005年12月15日,申请人向杭州市仲裁委员会申请仲裁。称:2001年7月30日,申请人与被申请人签订了一份编号为3793预2001的《商品房买卖合同》,合同约定:申请人向被申请人购买其开发的某某商城第一幢1层14号房,用途为商贸,建筑面积为146.37平方米,总价为人民币4979507元,首付1500507元,余款以按揭方式支付;商品房交付时间为2002年10月31日;被申请人应当在商品房交付使用后365天内,将办理权属(包括契税证、房屋所有权证和土地使用权证)登记需由被申请人提供的资料报产权登记机关备案。合同签订后,申请人依约履行了合同义务。2003年5月22日,双方签订了《商品房交接书》,该交接书确认房屋交付时间为2002年10月31日。申请人并补缴了因结算面积增加的房款149347.8元,总计申请人支付房款5128854.8元。但是,自交房至今已两年有余,被申请人的初始登记仍不能办理,申请人因此也无法办理相关产权变更登记,领取房产三证更是遥遥无期。为此,根据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十九条的规定,申请人提出仲裁请求:(1)裁决双方签订的商品房买卖合同解除;(2)裁决被申请人返还购房款人民币5128854.8元给申请人,赔偿申请人担保贷款利息

---

* 毕一平:男,专职律师。

PDG

人民币 565446.57 元、首付款 1500507 元的贷款利息损失 250584.66 元和补缴款 149347.8 元的贷款利息损失 11847 元,合计被申请人应支付给申请人人民币 5956733.03 元;(3)本案仲裁费、保全费由被申请人承担。

被申请人辩称:被申请人与申请人在 2003 年 5 月 22 日交接了商品房,并签订了《商品房交接书》予以确认。被申请人也早在 2003 年 1 月 13 日即将某某商城的产权初始登记资料交由杭州市房产交易产权登记管理中心,由该中心出具《产权登记受理单》作为出卖方被申请人已履行了自己的合同义务。在将齐全的办证资料交房产部门受理后,被申请人又多次催办权证事宜,但房地产管理部门正在制定相关无墙体建筑办证实施操作细则,需待操作细则出台后方能办理,所以延期办证系行政行为的迟延造成,被申请人对此无任何过错。按照《商品房买卖合同》第十五条约定,被申请人应在商品房交房使用后 365 天内,将办理权属(包括契税证、房屋所有权证和土地使用权证)登记需由被申请人提供的资料报产权登记机关备案,而被申请人已履行了该项义务,不存在违约行为,申请人要求退房不符合合同约定。且申请人已将所购商品房出租给杭州某某商城百货有限公司使用,按合同约定无法返还商品房,其退房的请求也无法成立。此外,申请人通过按揭购得商品房后,将商品房出租给杭州某某商城百货有限公司使用,收取年 8% 的租金收益,该收益高于贷款利息,申请人请求赔偿银行利息损失的仲裁请求也不能成立。为此,被申请人请求驳回申请人的仲裁请求,并由申请人承担仲裁费用。

杭州市仲裁委员会经审理查明:2001 年 7 月 30 日,申请人与被申请人签订了一份编号为 3793 预 2001 的《商品房买卖合同》,合同约定:申请人向被申请人购买其开发的某某商城第一幢 1 层 14 号房,用途为商贸,属框架结构,建筑面积为 146.37 平方米,总价为人民币 4979507 元,首付 1500507 元,余款以按揭方式支付;商品房交付时间为 2002 年 10 月 31 日;被申请人应当在商品房交付使用后 365 天内,将办理权属(包括契税证、房屋所有权证和土地使用权证)登记需由被申请人提供的资料报产权登记机关备案,如因被申请人的责任使得申请人不能在规定期限内取得房地产权属证书的,合同列明了退房或不退房两项处理方式,但双方没有就此作出明确选择。

合同签订后,申请人依约履行了付款义务。2003 年 5 月 22 日,申请人与被申请人签订了《商品房交接书》,双方交接了案涉商品房,并因结算面积增加申请人又补缴了房款 149347.8 元,总计申请人支付房款 5128854.8 元。申请人通过按揭购得商品房后,将商品房出租给杭州某某商城百货有限公司使用,收取年 8% 的租金收益。被申请人于 2003 年 1 月 13 日向杭

州市房产交易产权登记管理中心提交了某某商城的房产初始登记资料，并由该中心出具《产权登记受理单》。由于案涉商品房涉及经营性商业用房无墙体分割销售和权属登记事项，杭州市房地产管理部门迟迟未制定相关的操作细则，故申请人无法办理权属变更登记，也没有取得权属证书。2005年2月5日，杭州市建设委员会、杭州市规划局、杭州市贸易局、杭州市公安局消防支队、杭州市房产管理局联合发布的杭房局【2005】15号《关于经营性商业用房无实体墙分割销售和权属登记遗留问题的处理意见》(以下简称"《15号文件》")发布后，规定对案涉无实体墙分割的经营性商业用房，房产管理部门凭建委、规划、消防、商贸等主管部门的批准文件予以办理权属登记，并在《房屋所有权证》附记栏中标注"无墙体分割房屋，不得增加和改变维护结构"，被申请人遂被准许办理产权登记的相关事项。

争议焦点

1.出卖人是否在合同约定的期限内将办理权属登记所需资料报产权登记机关备案。

2.商品房不能办理权属登记的原因和责任。

3.出卖人按约将办理权属登记需由其提供的资料报产权登记机关备案，而产权登记机关因房产政策原因迟延办证，出卖人是否应承担逾期办证的违约责任。

4.商品房的权属证书是否无法取得。

审理裁决

仲裁庭认为：根据申请人与被申请人签订的《商品房买卖合同》第十五条约定，被申请人应当在商品房交付使用(合同约定交房时间为2002年10月31日，双方在庭审中确认实际交付使用时间为2003年5月22日)后365天内，将办理权属(包括契税证、房屋所有权证和土地使用权证)登记需由被申请人提供的资料报产权登记机关备案。根据杭州市房产交易产权登记管理中心出具的受理单，被申请人已于2003年1月13日将办理权属登记的资料提交给产权登记机关。后因案涉商品房的性质及杭州市相关房产政策等原因，使权属登记部门不能办理批复手续，即房产管理部门的行为阻却了被申请人协助申请人完成权属登记，故应认定被申请人已依约履行备案义务。

杭州市房产交易产权登记管理中心受理上述资料后，由于本案商品房系经营性商业用房无实体墙分割销售和权属登记的《15号文件》在2005年2月5日才出台，因此杭州市房产交易产权登记管理中心迟迟未予审批，致

申请人未能办理权属变更登记,也未能取得房产权属证书。申请人未能办理商品房权属登记是由房产管理部门的原因造成的,房产管理部门系行政职权的行政主体,非民事主体,不能适用合同相对性原则。而《商品房买卖合同》中对由于房产管理部门的原因造成申请人未能办理权属登记的法律责任未作明确约定,所以申请人不能在规定期限内取得房地产权属证书,不能归结为被申请人(出卖人)的责任。同时,《商品房买卖合同》约定了因被申请人的责任,申请人不能在"规定期限内"取得房地产权属证书的处理办法,但对"规定期限"未作明确约定,以致申请人取得权属证书时间无法界定。此外,合同对逾期办证虽然列明了退房或不退房两项处理方式,但双方没有就此作出明确选项。

此外,申请人通过按揭方式购买商品房后,将商品房出租给杭州某某商城百货有限公司,取得租金收益,已实现了订立合同所期望的基本经济利益。

综上所述,仲裁庭认为,申请人与被申请人签订的《商品房买卖合同》合法有效,被申请人不构成根本违约。申请人未能取得权属证书的处理,应当根据商品房的特性、未能办证的具体原因、合同履行情况和合同目的实现程度等因素来综合认定。合同在履行过程中没有出现法定或约定合同解除的情形,申请人要求解除合同和赔偿损失的主张,缺乏事实根据、合同依据和法律依据,不予支持。

根据《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、第六十一条和《中华人民共和国仲裁法》第五十一条第一款、第五十七条的规定,裁决如下:

1.驳回申请人的仲裁请求。

2.本案仲裁费 55191 元(申请人已预缴),由申请人承担。

经典评析

商品房买卖合同履行过程中出现逾期办证的原因是复杂的,从目前来看,至少存在以下几种原因:一是出卖人(开发商)的原因,例如开发商没有缴清土地出让金等有关费用、在施工中擅自改变规划无法通过验收、办证工作拖延推托等;二是买受人的原因,例如买受人自己经过催促也不同意办证或拖延移交需要自己提供的办证资料等;三是合同外第三人的原因,例如政府有关部门进行测绘造成逾期、开发商已在约定期限内提交了办证资料而登记机关因房产政策原因迟延办证造成逾期等;四是不可抗力造成的逾期。

根据我国现行的有关法律、司法解释的规定,只有属于商品房开发商的原因造成逾期办证的,才能够要求开发商承担逾期办证的违约责任或行使合同解除权并要求经济赔偿。

PDG

质量标准、工期的违约金

——浙江省建工集团有限责任公司与世源科技(嘉兴)医疗电子有限公司关于建设工程施工合同纠纷案

赵全强*

案情简介

申请人浙江省建工集团有限责任公司(以下简称浙建公司)与被申请人世源科技(嘉兴)医疗电子有限公司(以下简称世源公司)关于建设工程施工合同纠纷一案,浙建公司依据双方合同专用条款 37.1 款的约定,于 2005 年 11 月 29 日向嘉兴市仲裁委员会申请仲裁。2006 年 1 月 4 日,世源公司就该合同纠纷向嘉兴市仲裁委员会提出仲裁反请求申请。

申请人称:2003 年 7 月 18 日,申请人与被申请人双方签订建设工程施工合同,由申请人承建被申请人位于秀洲区加创工业园区的厂区工程。该工程于 2003 年 9 月 28 日开工,2004 年 10 月 10 日竣工,2004 年 10 月 31 日验收合格并交付使用。2005 年 1 月 4 日,竣工结算经嘉兴市国华建设工程造价咨询有限公司审核验证,核定造价为 1164503 元。故请求裁定被申请人立即支付工程款 1164503 元,支付逾期付款滞纳金 284689.21 元,并承担案件仲裁费。

被申请人辩称:确认与申请人之间的建设工程施工合同关系,但申请人计算的工程欠款中包含了被申请人代付的施工期间的水电费和审计费,应予扣除。申请人按每日万分之二点一计算拖欠款违约金(滞纳金)的要求缺乏合同依据。由于本工程存在严重质量问题且一直未得到解决,被申请人拖欠工程尾款事出有因,不应承担违约责任。

世源公司提出反请求称:根据双方 2003 年 7 月 18 日签订的建设工程合同,浙建公司承建的厂区工程应于 2004 年 3 月 10 日竣工,工程质量应达

* 赵全强:男,毕业于浙江大学,从事建筑施工与房地产相关法律事务,专职律师。

PDG

到优良,一旦发生质量问题,浙建公司应承担保修责任。但该工程直至2004年10月10日才竣工交付使用,逾期达7个月。该工程不仅未达到质量优良标准,投入使用后,频频发生地面起鼓、仓库漏雨、办公室渗水、卫生间管道渗漏等问题,影响了世源公司的生产经营,造成巨大损失。对于工程质量问题,浙建公司虽做了返修,但拖延、马虎,无法满足正常使用要求。因此,请求裁定浙建公司赔偿返工维修损失634444元,支付工程逾期竣工违约金31394.9元,质量标准违约金47092.36元,并承担案件仲裁费。

浙建公司辩称:该工程质量为合格工程,有勘察、设计、施工、监理、建设五方工程验收意见为证。建设工程施工合同中虽约定质量达到优良标准,但现行验收管理中只有合格、不合格之分。竣工日期确实推迟了,但因为工程量比原合同增加了约一倍,工期应相应顺延。对于世源公司所称返工维修损失,仅仅是单方面的测算,不予认可。

争议焦点

1.争议双方以已经废止的质量等级标准作为工程质量标准的依据是否有效;

2.工程质量保修问题;

3.工程工期问题。

审理判决

仲裁庭认为:双方签订的建设工程施工合同真实、合法、有效。双方就工程的造价、工期、质量保修、违约责任等事项的约定是真实意思的表示,应全面履行。浙建公司按合同约定完成工程施工,世源公司应按约支付工程款,同时承担所欠工程款的逾期利息。合同中对工程质量等级的约定,双方均选择已失效的建设主管部门原来的评定办法,应按国务院《建设工程质量管理条例》的规定和现行验收通常规范执行。因此,世源公司要求浙建公司支付质量标准违约金的反请求缺乏法定依据,不予支持;但其要求浙建公司支付工程逾期竣工违约金的反请求理由成立,予以支持;浙建公司称工程逾期系工程量增加所致,但未能提供相应的证据予以证实,故不予支持。世源公司要求浙建公司支付返工维修损失因缺乏实际损失证据证明,不予支持,但仍可以要求对方承担保修责任。

本案裁决如下:

1.由世源公司支付浙建公司工程欠款1164503元,同时支付逾期付款违约金(滞纳金)221560.67元,共计1386063.67元。

2.浙建公司支付世源公司工程逾期竣工违约金31394.9元。

3.驳回世源公司关于维修损失赔偿、质量标准违约金的反请求。

经典评析

一、在本案中，浙建公司与世源公司签订的建设工程施工合同中，约定工程质量等级为“优良”。而现行的工程质量等级标准仅仅将质量划分为合格与不合格两种情况，那么世源公司能否以合同约定的质量标准为依据，要求浙建公司赔偿质量标准违约金？

1989年施行的《建筑安装工程质量检验评定统一标准》(GBJ300-88)中，将质量检验评定标准等级分为“合格”与“优良”两个等级，检验部门为质量监督主管部门。随着2001年1月1日起新的《建筑工程施工质量验收统一标准》的施行，旧的《建筑安装工程质量检验评定统一标准》也相应废止，质量监督主管部门不再对工程质量等级进行核定，而是改为由包括建设单位、勘察单位、设计单位、监理单位、施工单位在内的五方主体对工程进行验收。在质量等级方面也取消了原标准中的“优良”、“合格”的等级标准，把工程质量等级标准分为“合格”与“不合格”两级。

由于本案中争议双方签订的建设工程施工合同是在2003年7月18日，也就是在新的《建筑工程施工质量验收统一标准》施行以后，因此实际上争议双方约定的质量等级标准条款已无法履行。根据我国《合同法》第62条的规定：“质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。”结合此案，施工单位交付的工程质量已符合国家强制性合格标准，实际上已完全履行了合同义务，因此无须支付工程质量标准违约金。

二、关于质量保修问题

2001年1月30日起施行的《建设工程质量管理条例》中关于质量保修的问题规定如下：

第39条：建设工程实行质量保修制度。

建设工程承包单位在向建设单位提交工程竣工验收报告时，应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应当明确建设工程的保修范围、保修期限和保修责任等。

第40条：在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：

(一)基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程,为设计文件规定的该工程的合理使用年限;

(二)屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏,为5年;

(三)供热与供冷系统,为2个采暖期、供冷期;

(四)电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程,为2年。

其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。

建设工程的保修期,自竣工验收合格之日起计算。

第41条:建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的,施工单位应当履行保修义务,并对造成的损失承担赔偿责任。

在此案中,建设单位认为工程质量存在的地面起鼓、仓库漏雨、办公室渗水、卫生间管道漏水等等问题都应当是属于施工单位质量保修范围之内的。对此施工单位应当积极予以配合,履行自己的保修义务。

同时,对于工程质量的保修,这既是施工单位的义务,同时也是施工单位的权利。在双方对工程维修范围存在争议时,在明确维修工程范围以及维修费用之前,建设单位不能擅自委托第三方或者自行进行维修,对建设单位擅自委托第三方或者自行维修所产生的费用以及维修后产生的质量等问题,施工单位均不予认可,不承担相应的责任。

三、关于工程工期问题

对于建设工程施工的工期,一般在双方的建设工程施工合同中都有约定。因以下原因造成工期延误的,经工程师确认,工期相应顺延:

(1)发包人未能按合同约定提供图纸及开工条件;

(2)发包人未能按合同约定日期支付工程预付款、进度款,致使施工不能正常进行;

(3)工程师未按合同约定提供所需指令、批准等,致使施工不能正常进行;

(4)设计变更和工程量增加;

(5)一周内非承包人原因停水、停电、停气造成停工累计超过8小时;

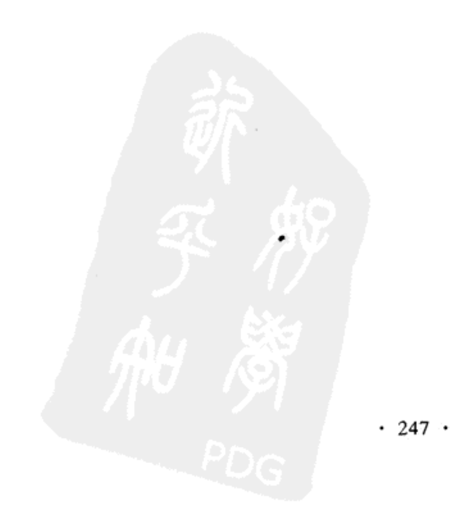
(6)不可抗力;

(7)合同中约定或工程师同意工期顺延的其他情况。

另外,承包人应当在以上情况发生后14天内,就延误的工期以书面形式向工程师提出报告。工程师在收到报告后14天内予以确认,逾期不予确

认也不提出修改意见，视为同意顺延工期。

同时，工期顺延的举证责任应当由施工单位承担，即如果施工单位主张工期顺延导致工程不能按期竣工等事宜，应当承担相应的举证责任。通常可以提供的证据包括施工联系单、向工程师提出的书面报告等等。在此案中，由于浙建公司没有提供相应的证据，因此应当承担举证不能的责任。



农村房屋买卖行为的效力

——记周某某诉梁某某房屋买卖合同纠纷案

舒　军*

案情简介

原告:周某某,女,1956年生,汉族,住杭州市江干区。

被告:梁某某,男,1955年生,汉族,住杭州市江干区。

原告周某某与被告梁某某于1991年签订《契约》一份,约定将沿山村四组的私有瓦房出售给被告,出售房屋面积为三间大、三间小,出售价格为人民币1500元,原告只出售房屋而不包括宅基地,此房屋自双方签字之日起,其产权归被告所有,合同自双方签字之日起生效等。杭州市江干区丁桥镇人民政府沿山村村民委员会以"监证单位"身份在该契约中加盖印章。被告已按约支付原告人民币1500元,且所出售的私房由被告居住至今。

2003年初,原告以"1972年建造平房三间","今房屋地基础均开裂,房顶砌体松散"等为由申请建房用地重建房屋。2003年4月15日,经相关部门批准,"同意使用原宅基地建住宅,建筑占地面积63平方米,三层,总建筑面积189平方米"。

据此,原告以宅基地属于农村集体所有,村民只有使用权而没有处分权,不得擅自转让为由,认为原告与被告签订的该契约无效,诉请法院要求:一、依法判定原告与被告于1991年签订的《契约》无效;二、判令被告从《契约》中所涉房屋中迁出,并将房屋及其占用范围内的宅基地归还给原告;三、本案诉讼费用由被告承担。

被告辩称,原告的诉讼请求系两个不同的法律关系,不能在同一诉讼中合并处理,对于第二项诉讼请原告应另行起诉;且原告的第一项诉请没有事

* 舒　军:男,专职律师。

实和法律依据，原、被告签订的契约系双方真实意思表示，没有违反相关法律规定，被告于1991年住进讼争房屋内，且契约明确约定被告只向原告购买房屋，不包括土地使用权，该契约得到沿山村村委会的确认，购买房屋后，被告已付清购房款1500元，已居住该房屋达16年之久。现原告以土地使用权不得转让为由要求认定该协议无效，没有事实依据，要求驳回原告的诉讼请求。

争议焦点

本案争议的焦点是原、被告双方于1991年签订的《契约》是否有效。

审理判决

杭州市江干区人民法院经审理认为，宅基地使用权具有一定的身份性质，不适宜自由转让，即使转让也只能在集体经济组织成员间进行，非农村集体经济组织成员均不得享受农村的宅基地使用权。因此，农村村民对其在依法申请审批取得宅基地使用权的集体土地上所建造的房屋，原则上只能向本集体经济组织以内的农业户口居民出售。本案中，原、被告双方虽约定买卖的仅为房屋，按照“地随房走”的原则，住房转让时，与房屋不可分割的宅基地使用权实际亦一并转让，故双方所作的约定违反了国家政策的限制性规定，应属无效，造成该买卖协议无效，双方均有过错。据此，依照《中华人民共和国民法通则》第五十八条第一款第(五)项、第二款的规定，判决如下：(1)周某某、梁某某于1991年签订的房屋买卖“契约”无效；(2)梁某某于本判决生效之日起六个月内，将坐落于鲍家渡自然村45号上述“契约”所涉的房屋及该房屋占用范围内的宅基地腾退交还周某某。

经典评析

本案是一起因农村房屋买卖引起的纠纷，问题的关键在于在目前国家法律无明文规定的情况下，农村房屋的买卖在怎样的情况下可以得到国家法律的认可，而本案的农村房屋买卖是否在国家法律认可的范围内。笔者从买卖主体的角度将农村房屋的买卖归纳为三种情形：(1)是房屋所在地本集体经济组织村民之间的房屋买卖；(2)是集体经济组织村民将房屋卖给非本集体经济组织村民(含外县、市村民)；(3)是城镇居民购买农村房屋。关于第(1)种情形，由于买卖双方属于同一集体经济组织，在司法实践当中普遍予以认可。至于卖方出售房屋后不得再申请宅基地使用权，以及买受方应当退还超标准的宅基地的问题，不属于法院审理的范围。对于第(3)种情

形,《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》(国发[2004]28号)明确规定禁止城镇居民购买农村宅基地。该决定虽非法律,但在目前法律无明文规定的情况下,根据《民法通则》第六条之规定:"民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。"以及"地随房走"这一众所周知的原则,城镇居民购买农村房屋也是国家所禁止的。争议最大的是第(2)种情形,由于买卖双方属不同集体经济组织的农村居民,是否可以相互买卖,至目前为止,无论是法律法规还是国家的政策均无明文规定,本案涉及的农村房屋买卖即是这种情形。笔者认为,第(2)种情形的房屋买卖应属无效。理由如下:

1.无论是1991年的《土地管理法》及其实施细则,还是现在经修改过的《土地管理法》及其实施细则,均明确规定宅基地属于农民集体所有。也就是说,经过法律规定的程序取得宅基地使用权的村民,对宅基地只有使用权,而无将宅基地使用权进行转让的处分权。集体经济组织成员须向本集体经济组织履行一些义务,因此,宅基地使用权具有一定的身份性质。而作为非本集体经济组织的村民,其并未在该集体经济组织中尽过任何义务,如果允许其购买,显然房屋所在地的集体经济组织的合法权益将难以得到保障。

2.根据《中华人民共和国土地管理法》第六十二条"农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准,农村村民住宅用地,经乡(镇)人民政府审核,由县级人民政府批准……"之规定,由于本案被告购买原告的房屋自始未能办理有关人民政府批准使用相关宅基地的手续,故原告与被告签订的这份《契约》无效,被告占用宅基地的行为也就没有合法依据。

因此,在原、被告签订的这份《契约》中,虽然约定原告只出售房屋而不包括宅基地,但是根据"地随房走"这一众所周知的原则,实际上原告已将宅基地使用权转让给了被告。这违反了法律的强制性规定,根据我国《合同法》第五十二条、第五十六条、第五十八条之规定,该份《契约》自始没有法律约束力,被告因该契约而占用的宅基地,应当予以返还。

3.因原、被告签订的这份《契约》涉及农村宅基地使用权的非法转让,因此,无论原告是否请求法院确认这份《契约》效力,被告都应当将宅基地使用权返还给原告。被告与原告在《契约》中涉及的虽然只是房屋的买卖,但被告从取得房屋使用权之日起实际上已经占用了该块宅基地,即宅基地使用权已从原告转移给了被告。根据《土地管理法实施条例》第六条之规定:"依

法改变土地所有权、使用权的,因依法转让地上建筑物、构筑物等附着物导致土地使用权转移的,必须向土地所在地的县级以上人民政府土地行政主管部门提出土地变更登记申请,由原土地登记机关依法进行土地所有权、使用权变更登记。土地所有权、使用权的变更,自变更登记之日起生效。"被告至今都未能办理土地使用权的变更登记,因此,被告占用原告宅基地的行为是无法律依据的,也是不可能受到法律保护的。

4.原告享有诉争宅基地的合法使用权。从原告向法庭提交的《江干区村民建房用地呈报表》这份证据中可以得知,经杭州市江干区丁桥镇人民政府审查,并经江干区人民政府批准,同意原告在诉争的宅基地上翻建住宅。也就是说,原告至今仍然是诉争宅基地的合法使用者。被告虽然占用诉争的房屋及其占有范围内的宅基地至今,但自始未合法地取得房屋的所有权和宅基地的使用权,也不可能合法地享有这些权利。

根据司法实践,转让的房产必须是法律规定可以转让的,且应当经过政府按照法律的规定批准。受让人应当是有权在所购房屋所在地拥有房产的人。一般来说,农村房屋转让的受让人应当满足的条件是:(1)受让人应当与所购房产的转让人处于同一集体经济组织,也就是说,即使不购买房产,受让人应当是有权在此地建造房屋的人;(2)受让人应当没有其他房产;(3)欲购房产的面积应当符合当地的规定。而本案原告出售的房屋显然不符合法律规定的条件,被告作为受让人又并非是原告所在的村集体经济组织的村民,因此无权购买原告的房屋及使用该房屋占用范围内的宅基地。

5.确认无效可以避免行政权与司法权相冲突。本案如法院确认《契约》有效,势必驳回原告的诉讼请求,那么被告就有了合法使用房屋占有范围的宅基地的依据和权利,可以据此要求有关行政部门对宅基地使用权人进行变更登记。但是根据我国目前的《土地管理法》及其实施细则,对宅基地的审批权属于土地管理部门,而被告是不符合申请变更登记条件的。这样一来,便会使有关行政部门陷入两难的境地,依据法院的判决进行宅基地使用权人的变更登记,必将违反《土地管理法》的规定,不进行宅基地使用权人的变更登记又不符合法院的判决。无论怎么做,都会造成行政权与司法权的冲突。因此,从这一角度出发也不宜确认《契约》有效。

综上所述,原、被告签订的这份《契约》违反了我国法律强制性的规定,是一份无效的《契约》。原告作为《契约》中所涉房屋及其占用范围内的宅基地的合法享有者,有权要求被告从《契约》中所涉房屋中迁出,将房屋及其占用范围内的宅基地归还给原告,但原告也应将售房所得的1500元退还给被告。



另外，关于原告请求法院确认《契约》无效是否存在诉讼时效的问题。本案原、被告发生房屋买卖的行为至原告起诉之日已长达 16 年之久，审理过程中被告虽未向法庭提出时效的问题，但笔者在与他人讨论案情时，却存在着两种截然不同的观点。一种观点认为，原告请求法院确认《契约》无效早已超过诉讼时效，法院应驳回原告的诉讼请求，即肯定说；另一种观点认为，确认合同无效不存在诉讼时效的限制，当事人可以随时请求法院确认合同无效，即否定说。

持肯定说的认为，无效合同因违反了法律、行政法规或者损害社会公共利益被确认无效，当事人对于合同的违法性或者被欺诈、胁迫是明知的。根据《民法通则》第一百三十七条之规定，确认合同无效同样应具有诉讼时效。如不对主张合同无效的权利加以时间上的制约，那么因合同无效所产生的法律关系就有可能长期处于悬而未决的不确定状态，交易安全将得不到保障，显然不利于维护民事财产流转关系的稳定，不符合诉讼时效制度的立法宗旨和目的。持否定说的认为，无效合同因具有违法性，实行的是国家干预原则，不论当事人是否请求法院确认合同无效，法院均应主动审查合同的效力，不应受诉讼时效的限制。况且违法行为是不受法律保护的，当事人也有权在任何时候请求法院确认合同无效。只有这样才能维护合法的经济秩序，保护交易安全。如认为确认合同无效应受诉讼时效的限制，那么必然会使违法的合同经过若干时间便可得到法律的保护，违法的利益也将变成合法的利益，这显然与无效合同的立法宗旨和目的不相符。

笔者同意否定说的观点。在司法实践中，最高人民法院的法官在对一起二审案件的解析中，“我国现行法律对合同无效提起诉讼并没有时间限制，合同未经法院判决确认为无效时，当事人往往遵守‘合同’，继续履行‘合同’义务，只有合同被确认为无效后，才发生返还财产及赔偿损失问题。故即使事隔多年，当事人就确认合同无效问题起诉，法院也应当受理并对合同效力问题进行确认，这里不存在时效问题。”——见最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》，人民法院出版社，2002 年版第 306 页。

知识产权篇





不侵权之诉

——金华市火腿有限公司与浙江省食品有限公司请求确认不侵犯注册商标专用权纠纷案

徐　光*

案情简介

(一)当事人及诉讼地位

原告(二审上诉人):金华市火腿有限公司

被告(二审被上诉人):浙江省食品有限公司

(二)管辖异议及裁定

金华市中级人民法院2004年10月8日以其他商标权权属侵权纠纷的案由受理了金华市火腿有限公司诉浙江省食品有限公司要求确认原告“金字”牌金华火腿不构成侵权被告“金华”牌金华火腿注册商标专用权和判令被告停止侵害原告注册商标专用权的行为的诉讼案。

被告接到应诉通知书,委托本文作者作为本案的诉讼代理人,并提出管辖异议。代理人认为本案被告所在地在杭州市,根据《民事诉讼法》第二十二条第二款之规定应当由被告所在地管辖;本案侵权行为地在上虞市,根据《民事诉讼法》第二十九条之规定应当由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条第一款规定,“因侵犯注册商标专用权行为提起的民事诉讼,由商标法第十三条、第五十二条所规定侵权行为的实施地、侵权商品的储藏地或者查封扣押地、被告住所地人民法院管辖。”本案原告所提出的侵权之诉所依据的是《商标法》第52条5项列举的其他侵犯商标专用权的行为,因此就不存在侵权商品的储藏地或者查封扣押地。故根据该司法解释的规定本案的管辖地也应为侵权实施地、被告住所地人民法院管辖,即绍兴市中级人

* 徐　光:男,华东政法学院,法学学士学位,领域涉公司事务、证券、知识产权及涉外业务方面,专职律师。

民法院或杭州市中级人民法院管辖。

金华市中级人民法院审查认为：原告依据《商标法》第三条、第五十二条第五项的规定，认为被告向有关部门举报，称原告生产经营的"金字"牌金华火腿侵犯了其金华火腿注册商标专用权，要求有关部门对此作出处理行为，侵权了原告"金字"牌注册商标专用权，故本案案由应认定为商标侵权纠纷。因商标侵权纠纷提起的诉讼应由侵权行为地或被告住所地的中级以上人民法院管辖。从原告提供的被告举报材料及上虞市工商行政管理局行政处罚决定书看，本案的侵权行为地在上虞市，属绍兴市行政辖区范围，被告住所地在杭州市，故杭州市中级人民法院或绍兴市中级人民法院对本案均享有管辖权。于 2004 年 10 月 27 日作出裁定，裁定被告管辖异议成立，将本案移送杭州市中级人民法院审理。

(三)起诉与答辩

原告诉称，近来，被告多次向有关部门举报，称原告生产经营的"金字"牌金华火腿侵犯了其金华火腿注册商标专用权，要求有关部门对此作出处理。

原告生产经营"金字"牌金华火腿已有多年，"金字"商标经合法登记，也使用了多年，在国内外享有良好的声誉。根据《商标法》及其实施条例的规定，原告所使用的商标是原告已核准注册可以合法使用的商标。在具体使用中可以清楚地看到，"金字"为注册商标，火腿为通用名称，金华为地名。因此，原告如此使用商标不构成侵犯他人注册商标专用权。被告的行为严重影响了原告生产经营该产品的合法性和商品声誉，侵犯了原告注册商标专用权的合法权益。根据《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国商标法》的相关规定请求法院判令：(1)确认原告"金字"牌金华火腿不构成侵犯被告"金华"牌金华火腿注册商标专用权。(2)判令被告停止侵害原告注册商标专用权的行为。(3)诉讼费用由被告承担。

被告辩称被，告系"金华"火腿商标的合法拥有者，且该商标是被告经过近 50 年努力创建的火腿品牌。事实上，历史上作为著名的民族遗产火腿品牌并不是"金华"火腿，而是"蒋腿"，当时火腿中质量最好的是沿用"蒋腿"商标，不符合"蒋腿"规格的才用"金华"商标。后来在被告 50 年的努力下，统一制定了包括"金华"火腿在内的生产标准。使"金华"火腿品牌深入人心，并享誉海内外。

被告认为原告在该案中不具有诉权，确认不侵权之诉不能成立。而且原告的侵权行为已经得到商标行政管理机关的认定和处罚。

因此，被告认为原告侵犯被告注册商标专用权的行为已被国家行政机关认定并处罚，而原告既不依法提起行政复议，也不通过行政诉讼要求司法审查，而想通过民事诉讼来否定行政机关生效的行政处罚决定，是没有任何实体法或者程序法上的依据，要求法院驳回原告的起诉，以维护被告的合法权益。

争议焦点

本案争议的焦点在于原告是否具有提起不侵权之确认之诉的权利。

审理判决

一审法院审理认为：原告是"金字"商标的合法注册人，注册证号第915051号，核定使用商品第29类：火腿，火腿片，香肠；注册有效期自1996年12月14日至2006年12月13日，目前尚在有效期内。被告于1983年3月14日依法取得了"金华"火腿的注册商标专用权，商标注册证第130131号，核定使用商品第29类：火腿；目前尚在有效期内。

2004年上半年，被告向上虞市工商行政管理局发函，称"据我们调查，发现贵市一些商场、超市正在销售'金华××火腿'、'××金华火腿'等商品(名单附后)，该产品的商品标识突出'金华火腿'字样的使用，严重侵犯了金华火腿注册商标专用权，损害了消费者利益。为此，我们恳请贵局依法严肃查处这些假冒侵权行为，保护我公司商标专用权和信誉，维护消费者权益。"2004年7月12日和2004年7月26日，上虞市工商行政管理局分别作出了虞工商处字第[2004]116号、虞工商处字第[2004]134号行政处罚决定书。上虞市工商行政管理局在虞工商处字第[2004]116号行政处罚决定书中认为："'金华火腿'是浙江省食品有限公司的注册商标，当事人宁波三江购物俱乐部有限公司上虞分公司销售'金字'金华火腿，构成《中华人民共和国商标法》第五十二条第(二)项所指的销售侵犯注册商标专用权商品的行为，属侵犯注册商标专用权行为，并决定处罚如下：(1)查封的10支'金字'金华火腿予以没收，销毁；(2)罚款10000元，上缴国库。"上虞市工商行政管理局在虞工商处字[2004]134号行政处罚决定书中认为："当事人绍兴大通商场股份有限公司于2004年5月13日从金华市火腿有限公司购入'金字'金华火腿232盒，并进行销售。上述火腿外包装上'金华火腿'字样突出，侵犯了浙江省食品有限公司的'金华火腿'注册商标专用权。至2004年5月6日被我局查获时止，当事人绍兴大通商场股份有限公司销售侵犯注册商标专用权商品的行为，已构成《中华人民共和国商标法》第五十二条第(二)项规定

所指行为,属侵犯注册商标专用权行为,根据《中华人民共和国商标法》第五十三条、《中华人民共和国商标法实施条例》第五十二条之规定,责令停止侵权行为,并决定处罚如下:(1)没收封存的侵权火腿 220 盒;(2)罚款 25000 元,上缴国库。"2004 年 7 月,原告向上虞市人民法院提起行政诉讼,要求确认上虞市工商行政管理局虞工商处字第[2004]116 号行政处罚决定书认定原告生产的"金字"金华火腿侵犯注册商标专用权的具体行政行为违法。后原告撤回起诉。

2004 年 12 月 16 日,原告因被告上述向工商行政管理局请求保护其商标专用权的行为,导致原告产品受到工商行政管理部门查处而遭受损失为由,向本院提起诉讼。

本院认为,原告系商标注册证第 915051 号"金字"商标的合法注册人,被告系商标注册证第 130131 号"金华火腿"注册商标专用权人,双方对各自取得的注册商标均有合法专用权。

《中华人民共和国商标法》第五十二条第(二)项"有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权:(二)销售侵犯注册商标专用权的商品的;"第五十三条"有本法第五十二条所列侵犯注册商标专用权行为之一,引起纠纷的,由当事人协商解决;不愿协商或者协商不成的,商标专用权人或者利害关系人可以向人民法院起诉,也可以请求工商行政管理部门处理。工商行政管理部门处理时,认定侵权行为成立的,责令立即停止侵权行为,没收、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具,并可处以罚款。当事人对处理决定不服,可以自收到处理通知之日起 15 日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉。"根据上述法律规定,原告向本院提出的要求确认原告"金字"牌金华火腿不构成侵犯被告"金华"火腿注册商标专用权;判令被告停止侵害原告注册商标专用权的行为的起诉,无法律和事实依据。首先,被告因人为有企业在市场上销售侵犯其注册商标"金华火腿"专用权的商品,向工商行政管理部门请求处理,是上述法律规定赋予商标专用权人的权利,被告的该请求行为是正当行使商标专用权的行为,该行为应受法律保护。其次,被告的该正当请求行为已被相关工商行政管理部门接受,并做出了具体行政行为,因此,对市场上涉嫌销售侵犯被告商标专用权的行为的认定,已上升为行政主管部门的行为,而并非被告自身的行为。第三,因为该具体行政行为是原告的产品受到侵权确认,原告因此而不予认可的,法律亦赋予原告获得救济的权利和途径,原告也的确根据该救济权利和途径向相关人民法院提起诉讼,以维护自己的利益。根据《中华人民

共和国民事诉讼法》第一百一十一条第(一)项的规定,原告向上虞市人民法院提起行政诉讼,亦符合上述规定。第四,在司法实践中,亦有通过赋予相关主体以“确认不侵权之诉”的方式,防止知识产权的权利人因滥用权利,导致相关主体遭受损失的结果发生。但通常情况下,提起“确认不侵权之诉”应该符合相关条件,报告权利人向相关主体发出侵权警告,而权利人未在合理期限内通过法律规定的途径寻求保护。但在本案中,原告提起的本案诉讼,不符合上述条件:第一,被告并未向原告发出侵权警告;第二,被告已经通过法律规定的途径寻求了保护。因此,原告主张的“确认不侵权之诉”的诉权尚未形成。

一审法院裁定驳回原告的起诉。

二审法院审理认为:原审法院认定的事实本院予以确认。本院另查明:2004年10月15日,浙江省食品公司以宁波三江购物俱乐部有限公司、宁波三江购物俱乐部上虞分公司、金华火腿有限公司生产、销售的“金字”牌金华火腿侵犯其注册商标专用权为由,向绍兴市中级人民法院起诉,请求判令三被告停止生产销售侵犯“金华”火腿注册商标的产品,赔偿经济损失50万元。同年11月2日,绍兴市中级人民法院以本案的诉讼请求系确认不构成商标专用权侵权为由,裁定该案中止诉讼。

本院认为:请求确认不侵犯知识产权之诉,是为相关民事主体主动行使诉讼权利,以排除自己是否侵犯他人知识产权处于不确定状态干扰,而提供的诉讼救济途径,属于确认之诉的范畴。这一司法救济方式已经由最高人民法院以个案批复的形式在司法实践中予以确定。当事人向人民法院请求确认不侵犯知识产权之诉,必须符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉和受理条件:即原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;有明确的被告;有具体的诉讼请求和事实、理由;属于人民法院受理民事诉讼的范围受诉人民法院管辖。对确认不侵权知识产权之诉而言,“与本案有直接利害关系”,是指原告受到侵权警告而权利人又未在合理期限内依法启动纠纷解决程序。本案中,没有证据表明,原告或其销售商受到被告的侵权警告,被告是通过向销售商所在地的工商行政管理部门举报,要求工商行政管理部门进行查处的方式,保护自己的知识产权。这是《中华人民共和国商标法》第五十三条规定的,赋予商标专用权人进行知识产权行政救济的合法途径,并无不当。原告如果认为工商行政管理部门的行政执法行为侵犯其合法权益,《中华人民共和国行政诉讼法》也赋予其提起行政诉讼的权利,事实上,原告也因此提起了相关的行政诉讼,其撤回行政诉讼,

只能表明自己放弃了该诉讼解决途径。特别是被告在原告提起本案诉讼之前,已经向绍兴市中级人民法院提起相关的商标专用权民事侵权诉讼,在合理期限内依法启动了纠纷解决程序。原告生产、销售“金字”牌金华火腿是否构成侵犯被告“金华火腿”注册商标专用权,已经进入司法诉讼程序,不会使其处于不确定状态。据此,在本案请求确认不侵犯注册商标专用权纠纷中,原告不是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织,不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的立案和受理条件,原审法院裁定驳回金华食品公司的起诉并无不当。金华食品公司提出的上诉理由不能成立。裁定驳回上诉,维持原裁定。

经典评析

不侵权之诉是我国知识产权民事诉讼领域出现的新型案件。随着民事诉讼理论与实践的发展,知识产权义务人为排除权利人滥用权利所造成的不正当干扰,在权利人发出侵权警告而不依法定程序解决纠纷的条件下,具有“诉的利益”,是“适格的当事人”,享有作为原告提起知识产权不侵权之诉的诉权。在提起知识产权不侵权之诉时,应当准确把握起诉条件,合理选择管辖法院,恰当地提出诉讼请求。

本案中原告提起诉讼的目的是要求法院确认其行为没有侵犯被告的知识产权,而本案双方的争议焦点集中在原告是否有权提起该不侵权确认之诉,即原告是否具有诉权。

知识产权不侵权之诉,简言之是被指侵权的知识产权义务人请求人民法院确认其行为没有侵犯他人知识产权的民事诉讼。不侵权之诉因其原告在诉讼中实体法的依据和地位不同及诉讼目的和诉讼结果的不同而区别于传统的知识产权纠纷案件。知识产权是一种绝对权,不特定的义务主体负有不侵害权利人的知识产权的义务。在一般情况下,不侵权是知识产权法律关系的常态,“民事争议”尚未发生,知识产权的义务人对这种状态没有“诉的利益”,不具有提起民事诉讼的程序诉权。

在实践中,只有知识产权义务人受到侵权警告而权利人又没有依法启动纠纷解决程序时,才会使义务人与权利人之间本应正常的“不侵权”的法律关系处于不确定状态,造成义务人的不安而致使其合法权益得不到保障。此时,义务人可作为直接利害关系人,以侵权警告中主张知识产权权利的当事人为被告,以双方存在民事争议和原告不存在侵权行为为事实与理由,享有管辖权的人民法院提起不侵权的确认之诉,要求人民法院确认其行为没

有侵犯权利人的知识产权,使当事人之间不确定的法律关系回归正常。

由此可见,不侵权义务人提起不侵权之诉的前提是权利人发出了侵权警告但没有提起相应的纠纷解决机制,使义务人的权利处于不确定的状态。法律为保护义务人的权利而赋予义务人诉权,义务人可以通过向法院提起不侵权的确认之诉,但也必须防止义务人滥用法律赋予的权利。实践中,法院掌握不侵权确认之诉的起诉条件主要从侵权警告和权力为依法启动纠纷解决程序来判断。

所谓警告,是指对有错误或不正当行为的个人、团体、国家提出告诫,使之认识到所应负的责任。知识产权权利人的侵权警告,应当具有明确的被警告对象,或者可以根据警告所述的侵权行为确定被警告的对象。如果知识产权权利人通过律师声明等形式在公共传媒的载体上,向不特定的对象、针对不能确定具体主体的侵权行为发出警告,则其性质上我们认为是属于一种变相的权力声明,知识产权的义务人不能据此提出不侵权之诉。

知识产权权利人的侵权警告应有被警告对象存在侵权行为的内容。在实践中,知识产权的权利人通常以警告信、带有警告内容的律师函等形式向义务人发出侵权警告。面对权利人的警告,知识产权义务人应当明确侵权警告中指称侵犯谁的权利、何种权利、权力范围、具体的侵权行为等内容。对于警告信息不全的,应当向对方提出交涉,使其固定警告的事实与理由。经过论证,如果确认对方系滥用警告的,则可以根据情况考虑提起知识产权的不侵权之诉。

知识产权的权利人向义务人发出侵权警告,是知识产权权利人依法救助其权力的方式,这种警告并不必然意味着会对义务人造成不正当的干扰。只有当权利人向义务人发出了侵权警告,却又不依法启动纠纷解决的程序,才会使相关当事人之间是否存在侵权法律关系处于持续争议的状态,才可能会对知识产权的义务人造成不正当的干扰,因此,权利人未依法启动纠纷解决程序是义务人提起知识产权不侵权之诉的另一必需条件。

根据我国知识产权法律制度,权利人可以通过相关行政程序请求行政机关制裁侵权行为,也可以通过民事诉讼请求人民法院保护合法权利。如果权利人请求行政机关制裁知识产权侵权行为,义务人可以通过行政复议、行政诉讼等程序提出反驳和抗辩。如果权利人通过民事诉讼请求人民法院保护其合法权利,则知识产权义务人亦有充分的反驳和抗辩的诉讼权利。总之,权利人已经依法启动了纠纷解决程序的,双方当事人之间关于是否侵权的争议只能通过权利人已经启动的程序加以确认和解决,知识产权义务

人不能另行提起不侵权之诉。

在本案中,知识产权的权利人向有关行政机关举报要求查处侵权行为,被举报人是否具备提起不侵权之诉的条件,这是本案争议的焦点。本案中被告向工商部门举报第三人销售由原告生产的侵犯被告"金华火腿"注册商标的火腿商品,工商部门对销售侵权商品的行为进行了查处,而原告认为其生产的火腿产品不侵犯被告的注册商标专用权,以被告的举报对其生产造成了不正当干扰为由,提起了不侵权之诉。笔者认为,在本案中,原告不具备提起知识产权不侵权之诉的条件。通过上述的提起不侵权之诉的条件的论述,被告并没有对原告进行侵权警告,被告仅向工商部门进行举报,其行为不构成对原告的侵权警告,向行政机关举报的权力是法律赋予的权利,从行政机关受理举报后,对被举报人所作出的行为是一个具体的行政行为,原告如果认为其合法的权利因此而受到侵害,可以提起行政复议或提起行政诉讼,这也是法律赋予其对抗行政权力的救济途径。如果行政机关认为原告的行为侵犯了被告的知识产权,或认为原告没有侵犯被告的知识产权,那么,知识产权权利人和义务人之间是否存在侵权行为是确定的,而并不是如提起不侵权之诉的条件所述的那样处于不确定的状态。在行政机关受理之后,原被告对行政处理的决定不服的,均转化为一方与行政机关之间的权利义务关系,法律赋予行政行为相对人提起行政复议的权利和提起行政诉讼的权利。本案中原告曾提起过行政诉讼,后又撤回了起诉,可视为对行政处罚的认可,行政处罚决定也生效了,现原告想以提起民事诉讼的方式确认其行为没有侵犯被告的知识产权,从而也否定行政机关的行政处罚,这在程序上是不合法的,因此,本案原告在没有受到商标持有人的侵权警告和注册商标权利义务人之间的权利义务关系明确的情况下提起知识产权不侵权之诉是没有法律依据的。

商标转让

——南昌某酒业有限公司和陈某、绍兴市某商标事务所有限公司商标转让合同纠纷案

李亚成[*]

案情简介

第3x4873号注册商标为绍兴市某酒业有限公司(以下简称绍兴酒业公司)专有的注册商标。2002年4月1日,南昌某酒业有限公司(以下简称南昌酒业公司)经绍兴酒业公司许可,取得该注册商标使用权,期限至2007年4月1日。

2005年2月18日,绍兴酒业公司和陈某(江苏沛县某黄酒厂业主)签订一份《注册商标转让协议》,约定绍兴酒业公司将其所有的第3x4873号注册商标转让给陈某所有,并委托绍兴市某商标事务所有限公司(以下简称商标事务所)办理商标变更及转让手续。

2005年4月21日,国家工商行政管理总局商标局书面通知绍兴酒业公司,因绍兴酒业公司另一注册商标未一并办理变更手续,第3x4873号注册商标变更申请需要补正,否则视为放弃。

2005年5月9日,南昌酒业公司获悉该情况后,即和绍兴酒业公司、陈某协商,三方重新签订一份《注册商标转让协议》,约定第3x4873号注册商标由陈某和南昌酒业公司作为共同受让人并办理转让手续。同时,南昌酒业公司和陈某也签订了一份《协议》,双方对该注册商标的使用区域等内容作了明确约定。当日,南昌酒业公司和陈某还到商标事务所办理委托手续,委托商标事务所办理商标转让手续。南昌酒业公司按约支付了相关转让费和委托费用。但在2006年1月21日,经国家工商行政管理总局商标局核准,只有陈某成为第3x4873号注册商标受让人,南昌酒业公司并没有取得

* 李亚成:男,专职律师。

该商标受让人资格。南昌酒业公司多次和陈某、商标事务所以及绍兴酒业公司联系,但他们均认为自己无过错,拒绝南昌酒业公司要求办理商标共同受让的变更手续。2006 年 3 月 12 日,协商未果后,南昌酒业公司第一次向绍兴市中级人民法院提起诉讼。诉讼请求为:(1)判决绍兴酒业公司和沛县某黄酒厂的商标转让无效;(2)判定绍兴酒业公司与沛县某黄酒厂、南昌酒业公司 2005 年 5 月 9 日的商标转让协议继续履行;(3)判定沛县某黄酒厂与南昌酒业公司签订的商标共同受让协议继续履行;(4)判决被告商标事务所返还费用等。后南昌酒业公司撤诉。2006 年 6 月 13 日,南昌酒业公司委托浙江君安世纪律师事务所第二次起诉,诉讼请求为:(1)确认南昌酒业公司为第 3x4873 号注册商标共同受让人,与陈某依法享有该注册商标专有权;(2)判令陈某、商标事务所向商标局办理该注册商标共同受让核准公告手续;(3)判令办理核准公告手续的全部费用由两被告承担。

争议焦点

庭审中,被告陈某对其和原告作为共同受让人与绍兴酒业公司签订《注册商标转让协议》以及其与原告单独签订使用《协议》的事实予以确认,但陈某辩称,其已经按照约定履行相关义务,至于国家工商总局商标局为什么单独将其作为受让人,并不知情,也没有过错,要求驳回原告诉讼请求。

被告商标事务所辩称,其作为代理人已经代为办理相关变更登记手续,国家工商总局商标局没有将原告作为共同受让人,与其无关,要求驳回原告诉讼请求。

合议庭将本案的焦点归纳为:原告南昌酒业公司是否为第 3x4873 号注册商标共有人,并共同享有该注册商标专用权。两被告是否应当配合原告办理相关变更登记手续。

另,查明被告陈某又将第 3x4873 号注册商标转让给他人,并已经向国家商标局申请办理商标转让手续。

审理判决

该案经法院主持调解结案。内容如下:

1. 编号为 3x4873 号越尗牌商标由南昌酒业有限公司和沛县某黄酒厂共同持有;

2. 陈某在本调解书生效之日起十五日内负责向国家商标局办理撤回将第 3x4873 号注册商标转让给他人的手续;

3. 陈某与南昌酒业有限公司在本调解书生效之日起十五日内共同办理

PDG

将第3x4873号注册商标由南昌酒业公司与沛县某黄酒厂共同持有的核准转让申请手续；

4.上述二、三项手续由商标事务所协助办理（其中办理上述第二项手续的费用1000元由原告南昌酒业公司与被告陈某各负担500元，办理第三项手续费用商标商标事务所有限公司已收取）；

5.南昌酒业公司自愿补偿陈某人民币8000元，此款于商标事务所有限公司将上述约定的各项手续提交国家工商总局商标局后十五日内支付；

6.本案案件受理费810元，实支费80元，均由南昌酒业公司负担。

经典评析

《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）第三十九条规定，“转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并共同向商标局提出申请。转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标权”。《中华人民共和国商标法实施条例》（以下简称《实施条例》）第二十五条规定，“转让注册商标的，转让人和受让人应当向商标局提交转让注册商标申请书。转让注册商标申请手续由受让人办理。商标局核准转让注册商标申请后，发给受让人相应证明，并予以公告”。2005年5月9日，南昌酒业公司和陈某作为共同受让人，和转让人绍兴酒业公司签订《注册商标转让协议》，并且南昌酒业公司和陈某双方之间就商标受让之后的具体使用事宜也达成了书面协议。这两份协议主体适格，意思表示清楚，不违反国家强制性法律法规规定，转让行为有效。同一天，南昌酒业公司又委托商标事务所向国家商标局办理转让申请手续，并支付了相关费用。南昌酒业公司作为受让人之一，已经履行了相应义务。因此，根据《商标法》和《实施条例》规定，南昌酒业公司作为第3x4873号注册商标共有人所享有的权利，应当受到法律保护。

但是，陈某与南昌酒业公司签订共同受让协议之后，没有主动撤回前一个转让申请，国家商标局在2006年1月21日核准了该转让申请，致使南昌酒业公司作为共同受让人的目的不能实现，损害了南昌酒业公司的权益。而商标事务所在办理该转让申请手续中，也没有尽到及时告知的义务。所以，两被告应当承担相应的责任。

就南昌酒业公司如何维护自己的合法权益，提出诉讼请求，在本案当中也是一个难点。南昌酒业公司在第一次起诉时主张：“（1）判决绍兴酒业公司和沛县大屯某黄酒厂的商标转让无效；（2）判定绍兴酒业公司与沛县大屯

某黄酒厂、南昌酒业公司2005年5月9日的商标转让协议继续履行;(3)判定沛县大屯某黄酒厂与南昌酒业公司签订的商标共同受让协议继续履行。"在陈某已经单方取得第3x4873号注册商标专用权之后,如果认为该转让行为无效,意味着国家商标局的核准有误,需要提起行政诉讼。只有撤销这一核准公告后,才能要求第二项、第三项诉讼请求继续履行。显然,这样的诉讼请求不能在该案当中作为民事诉讼请求一并提起,也不符合南昌酒业公司只要求共同享有该注册商标专用权的初衷。因此,南昌酒业公司在第二次起诉时就直截了当地提出"确认南昌酒业公司为第3x4873号注册商标共同受让人,与陈某依法享有该注册商标专有权"的诉讼请求。这一诉讼请求表明该案为"商标专用权转让合同纠纷案件",其事实依据是南昌酒业公司、陈某和绍兴酒业公司签订的《注册商标转让协议》,法律依据是《商标法》及其《实施条例》,符合人民法院民事案件受理范围,无须通过提起行政诉讼解决问题,节约了当事人的诉讼成本。该案最后以调解方式结案,充分说明了这一诉讼请求设计的合理性。

著作权侵权纠纷

——北京某某文化发展有限公司诉浙江某某光电集团著作权纠纷案

王红燕　周　磊*

案情简介

原告:北京某某文化发展有限公司

第一被告:张某某

第二被告:浙江某某光电集团有限公司

代理人:浙江六和律师事务所　王红燕律师

浙江华虹光电集团有限公司　周　磊

第三被告:某某文化音像出版社

案由:著作权侵权纠纷

原告于2006年在河南省驻马店市某地发现第一被告销售由第二被告、第三被告出版、复制、发行的彩封标为“博拉图的永恒”,盘芯标有“苏友朋空荡一个人”的VCD光盘。该光盘生产源识别码(SID码)为ifpi N207,版号为ISRC CN-E27-03-317-00/V.J6。原告认为,原告享有该节目部分曲目的录音制作者权,上述光盘的出版者、复制者、发行者未经原告的授权许可,擅自出版、复制、发行的行为侵害了原告的权利,给原告造成了一定的经济损失。原告要求被告承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿经济损失计37万元人民币的民事责任。

原告提交的证据有:

1.正版光盘:欲证明原告对涉案曲目拥有复制权与发行权;

2.盗版光盘:欲证明被告的侵权行为;

3.侵权光盘的销售票据:欲证明被告的侵权行为;

---

* 王红燕　周　磊:女,专职律师。

4. 曲目对照表:欲证明被告的侵权行为;

5. 律师费、查询费、差旅费等发票:欲证明原告为制止侵权行为的费用。

争议焦点

本案原告、第一被告、第二被告到庭参加诉讼,原被告及合议庭归纳了本案争议的焦点在于三个方面:一是原告是否拥有权利,只有拥有权利才能主张权利;二是被告是否侵权,侵犯的是否原告主张的权利;三是如果原告拥有权利,被告也侵犯了原告所主张的权利,那么侵权责任该如何承担的问题。

(一)原告是否拥有权利

作为第二被告的诉讼代理人,我们认为原告提交的证据不能证明其拥有录音制作者权。一个民事主体要对一件录音制品合法拥有权利必须同时具备以下条件:(1)其实际进行了录制行为;(2)其行为取得了著作权人也就是词曲作者的授权,除非录制者就是著作权人;(3)其录制行为取得了表演者的授权,除非录制者就是表演者。当然,录音制作者权还可以通过受让方式取得,但原告并未提交证据证明其是通过受让方式取得的录音制作者权。

首先,原告不能证明其进行了录制行为。录音制作者是指录音制品的首次制作人。而原告提交的证据光盘彩封面上载明的"文音进字"与"国权音字",表明该节目是从港台地区或海外引进的,既然是引进的节目,那么原告肯定不是首次制作人,而原告也未提供其通过受让方式取得权利的证明文件,故原告不享有录音制作者权。

其次,原告不享有词曲作者的授权。《著作权法》第39条第一款规定:录音制作者使用他人作品录制录音录像制品,应当取得著作权人的许可并支付报酬。很显然,原告不是词曲作者,原告也未提交任何证据证明其取得了词曲作者的授权。故原告不享有录音制作者权。

再次,原告不能证明其取得了表演者的授权。《著作权法》第40条第一款规定:录音制作者制作录音制品,还应当同表演者订立合同,并支付报酬。原告并非表演者,也未提交同表演订立合同并支付报酬的证据。故原告不享有录音制作者权。

所以,原告提交的录音制品出版物,其本身不能证明是合法出版物,因为原告缺少权利来源的证据,只是一项"孤证"。

(二)被告是否侵权

对于三被告是否侵权的问题,三被告分别进行了口头或书面的答辩。

第一被告认为:原告并不能证明第一被告实施了销售光盘的行为。原告提交的第一被告侵权的证据是一张盖有第一被告销售店公章的发票,该发票作为证据,其真实性无问题,但对其关联性有异议,发票上并无载明销售的是什么商品,可以认为和本案无关。若要证明第一被告实施了销售行为,则必须进行公证。

第二被告认为:原告并不能证明第二被告实施了复制行为。原告认为,涉案光盘是 SID 码为 ifpi N207 为第二被告所有故为原告复制了该光盘。第二被告认为,对于 SID 码的归属问题,原告应该举证,原告并未提交该 SID 码属于第二被告的证明,应当承担举证不能的法律后果。

第三被告认为:原告仅仅凭借彩封及印刷面上的版号就认为第三被告实施了出版行为,无任何事实与法律依据。第三被告从未委托任何单位复制加工该产品,亦从未出版、发行过该产品。

(三)如果原告拥有权利,被告也侵犯了原告所主张的权利,那么侵权责任该如何承担的问题

对于侵权责任承担问题,笔者作为第二被告代理人,发表了如下答辩:即使第二被告侵权成立,原告主张的赔偿显然过高,第二被告仅受委托收取有限的加工费,是一种加工承揽关系。从著作权意义上的复制者是委托方,对外承担责任的应是第三被告,第二被告仅仅受托生产制品的载体即有形的产品,收取有限的加工费,制成品中的内容对出版社是有意义的,对光盘加工单位没有任何意义,因为光盘加工企业从来没有因为哪个光盘内容丰富、哪个光盘畅销而可以获取更高的加工费。光盘加工单位不参与出版、发行销售,制成品中的内容对出版社是有意义的,对光盘加工单位没有任何意义,被控侵权物品中只有 8 首涉案曲目,并非全盘复制。著作权侵权赔偿标准有三:(1)按照原告的实际损失来确定,实际上原告并未提交关于原告实际损失的证据;(2)按照被告的非法获利来确定;(3)由法院酌情确定。如果法院认定侵权行为成立,赔偿标准可以参考以下:对于这种并不畅销的光盘,复制 2000 片已经是一个很高的数额了,光盘的出厂价也已是一个公开的秘密,就是 1 元左右一张。前几年原材料未涨价时 10% 是一个很高的利润率,这样算下来,一次复制行为光盘厂的实际利润才 200 元,应当以这个所谓的“非法所得”为标准来判定赔偿数额。

审理判决

2006 年 9 月 20 日,河南省驻马店市中级人民法院作出(2006)驻民一

初字第33号裁定书，裁定如下：在审理原告北京某某文化发展有限公司诉被告张某某、浙江某某光电集团有限公司、某某文化音像出版社著作权纠纷一案中，原告于2006年9月14日向本院提出撤诉申请，本院准许原告北京天中文化发展有限公司撤回起诉，诉讼费减半收取，由原告北京某某文化发展有限公司负担。

经典评析

对于作品的权利归属，《著作权法》第十一条阐述得非常清楚："著作权属于作者，本法另有规定的除外。创作作品的公民是作者。由法人或者非法人单位主持，代表法人或者非法人单位意志创作，并由法人或者非法人单位承担责任的作品，法人或者非法人单位视为作者。如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者非法人单位为作者。"然而在实际操作中，一张光盘，其内容涉及作曲者、作词者、表演者、录音制作者等等，该如何认定其著作权的归属呢？是否原告拿出所谓的"合法出版物"，而被告无"相反证明"就可以断定原告享有著作权呢？

有一种观点认为，原告只要拿出所谓的"有原告署名的光盘制品"就能证明其拥有权利。其依据主要是《著作权法》第十一条："……如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者非法人单位为作者。"本案中原告提供的权利归属证据仅有一张署名"录音制作者是北京天中文化发展有限公司"的光盘制品，欲证明其享有录音制作者权。笔者认为，仅仅凭借此证据不能证明原告享有录音制作者权，而需要更多的旁证。因为这里涉及一个对于"相反证明"如何来理解的问题，如果涉嫌侵权的光盘上署名"录音制作者是某某有限公司"，那么这是否构成"相反证明"呢？笔者认为应该是构成了相反的证明。所以，原告仅仅拿出所谓的"有原告署名的光盘制品"是无法证明其拥有权利的。

那么，应该引用哪些旁证来证明呢？笔者认为，可以依据《著作权法》第三十九条、第四十一条的规定来操作。《著作权法》第三十九条规定："录音录像制作者对其制作的录音录像制品，享有许可他人复制发行并获得报酬的权利。该权利的保护期为五十年，截止于该制品首次出版后第五十年的十二月三十一日。被许可复制发行的录音录像制作者还应当按照规定向著作权人和表演者支付报酬。"即：原告欲证明其拥有权利，必须提供其已取得词曲作者许可、和表演者订立合同并支付报酬的证据材料才能证明其合法拥有录音制作者权。

对于侵权的客观方面：对于原告提供的涉嫌侵权光盘，如何认定光盘是由被告光盘厂所复制生产的呢？实际司法实践中，原告一般都将涉嫌侵权光盘送到公安部光盘生产源鉴定中心请求鉴定，要求确定送检光盘的生产来源，鉴定结论会以 SID 码与某光盘厂的 SID 码一致而确定是由哪家复制单位复制，对于这一条证明侵权的证据，在实际操作中不存在太大问题。



后　　记

英国科学家培根说:“我们不应该像蚂蚁,单只收集;也不可像蜘蛛,只从自己肚中抽丝;而应像蜜蜂,既采集又整理,这样才能酿出香甜的蜂蜜来。”一些好律师之敬业精神真如一只勤劳的蜜蜂。执业多年,我们深深感到,律师代理案件中的思路和实务技能是一门综合性较强的学问。

本书所载案例,都是浙江省省直律师亲自代理主办的。出版此案例,能总结各律师成功的办案经验与体会,以利于日后的工作,也利于与同行、读者切磋交流,抛砖引玉,求得共同进步。本书与《律师实务研究》为姊妹系列,本书重律师实务、经验和技能,后者重律师实务理论,姊妹书系列相辅相成。在条件成熟时,姊妹书系列将再出新书。

在本书的编写过程中,得到杨吉、余海晴的帮助整理,谨在此致以深深的感谢。

由于水平有限,本书难免有不当之处,故祈望专家、同行和读者指正,不胜荣幸!

本书编委会

二〇〇七年二月